Das summarische Verfahren nach aargauischem Zivilprozeßrecht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

Hanswerner Hüssy

von Aarau

Buchdruckerei Keller Aarau 1956

Hüssy: Das summarische Verfahren nach aargauischem Zivilprozeßrecht

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547620_0118

Das summarische Verfahren nach aargauischem Zivilprozeßrecht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

Hanswerner Hüssy

von Aarau

Buchdruckerei Keller Aarau 1956

Die Fakultät hat diese Arbeit am 8. Dezember 1955
auf Antrag von Prof. Dr. Max Kummer als Dissertation angenommen,
ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen
Stellung nehmen zu wollen.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner lieben Mutter

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis 7
Literaturverzeichnis 11
Abkürzungsverzeichnis 13
§ 1 Einleitung 15

I. TEIL

Die aargauische Zivilprozeßordnung im Allgemeinen

§ 2 Die Verfahrensarten der aargauischen Zivilprozeßordnung 17
I. Das ordentliche Verfahren 18
1. Das Behauptungsverfahren 19
2. Das Beweisverfahren 20
3. Das Urteilsverfahren 21
4. Das Rechtsmittelverfahren 22
II. Das beschleunigte Verfahren 23
III. Die besonderen Verfahrensarten 24
IV. Das Schiedsgerichtsverfahren 24

II. TEIL

Das summarische Verfahren

§ 3 Die Entwicklung des summarischen Verfahrens . . . 26
I. Der kanonische Beschleunigungsprozeß . . . 26
II. Das summarische Verfahren nach gemeinem Recht . 28
III. Geltendes Recht 31
§ 4 Das summarische Verfahren der aargauischen ZPO im Allgemeinen 33
§ 5 Das Schuldbetreibungsrecht 36
I. Die Tätigkeit der Gerichte in Verbindung mit Schuldbetreibung und Konkurs 36
a) Die Entscheidung materiellrechtlicher Streitigkeiten 36
b) Die Entscheidung rein betreibungsrechtlicher Streitigkeiten formeller Natur 36
c) Die Entscheidung formell betreibungsrechtlicher Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf materiellrechtliche Verhältnisse 37
d) Einseitige Verfügungen 37

II. Das summarische Verfahren im Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren 37
III. Die Verfahrensvorschriften im SchKG 39
1. Das Rechtsöffnungsverfahren 40
2. Die richterliche Aufhebung oder Einstellung der Betreibung 42
3. Die Behandlung eines nachträglichen Rechtsvorschlages 42
4. Der Rechtsvorschlag in der Wechselbetreibung . 43
5. Die Konkursbegehren 43
6. Das Arrestverfahren 45
7. Die Ausweisung von Mietern und Pächtern . . 45
8. Der Konkurswiderruf 46
9. Administrativverfügungen 46
IV. Die Befugnis der Kantone zum weitern Ausbau des summarischen Verfahrens 47
§ 6 Das Anwendungsgebiet im aargauischen Recht . . . 48
I. Schuldbetreibungssachen 48
1. Das summarische Verfahren vor dem Gerichtspräsidenten 48
2. Das summarische Verfahren vor dem Bezirksgericht 48
3. Der Entscheid über die Frage, ob ein Konkursit wieder zu neuem Vermögen gekommen ist . . 49
4. Die Ausweisung von Mietern und Pächtern . . 49
5. Das Nachlaßvertragsverfahren 50
II. Zivilprozeßrecht 50
III. Die Zuständigkeit 50
1. Die sachliche Zuständigkeit 50
2. Die örtliche Zuständigkeit 52
§ 7 Die Anwendung allgemeiner Vorschriften auf das summarische Verfahren 54
I. Allgemeines 54
II. Die Gerichtsferien 54
1. In den betreibungsrechtlichen Fällen 54
2. Nach Zivilprozeßrecht 58
III. Die Parteien 58
1. Partei- und Prozeßfähigkeit 58
2. Die Sachlegitimation 59
3. Die Parteiänderung 60

4. Die Teilnahme Dritter am Prozeß 62
a) Die Streitgenossenschaft 62
b) Die Intervention 63
aa) Die Hauptintervention 63
bb) Die Nebenintervention 64
cc) Die Streitverkündung 65
5. Die Vertretung der Parteien 65
a) Im Allgemeinen 65
b) Besondere Verfahren 66
IV. Die Gewährung des Armenrechts 68
1. Nach Zivilprozeßrecht 68
2. In den betreibungsrechtlichen Fällen 68
V. Die Kostenregelung 69
1. Die Vorschußpflicht für Prozeßkosten . . . 69
a) Nach Zivilprozeßrecht 69
b) In den betreibungsrechtlichen Fällen . . . 70
2. Die endgültige Kostentragung 73
a) Nach Zivilprozeßrecht 73
b) In den betreibungsrechtlichen Fällen . . . 74
aa) Betreibungskosten 74
bb) Parteikosten 75
cc) Konkurskosten 75
3. Die vorläufige Parteikostentragung (Kostenversicherung) 76
§ 8 Das Verfahren 77
I. Die Einleitung des Verfahrens 77
1. Der Sühneversuch 77
2. Das Klagebegehren 77
a) Form des Begehrens 77
b) Befristung des Gesuchs 78
c) Begründung des Gesuchs 80
d) Zustellung des Klagebegehrens an den Beklagten 81
3. Die Wirkungen des Klagebegehrens 81
4. Der Eintritt der Rechtshängigkeit 81
II. Die Vorladung und Verhandlung 82
3. Die Zulässigkeit der fristlichen Einreden . . . 84
III. Die Beweisführung 85
1. Allgemeines 85
2. Die Beweismittel 86

3. Die Zulässigkeit des Editionsverfahrens . . . 88
IV. Abschluß des Verfahrens 88
1. Allgemeines 88
2. Der summarische Entscheid 89
3. Die Rechtskraft des summarischen Entscheides . 89
a) Die formelle Rechtskraft 89
b) Die materielle Rechtskraft 90
4. Andere Erledigungsarten 92
5. Die Form der Verfügung 94
§ 9 Die Beschwerde 94
1. Allgemeines 94
2. Die Beschwerdefrist 95
3. Die Zulässigkeit der Beschwerde 96
a) Rechtsvorschlag gegen ein Verbot 96
b) In den betreibungsrechtlichen Fällen . . . 96
4. Die Frist für die Einreichung der Aberkennungsklage 98
5. Die Wirkungen der Beschwerde 98
a) Suspensiveffekt 98
aa) Im summarischen Verbotsverfahren . . 98
bb) In den betreibungsrechtlichen Fällen . . 99
b) Devolutiveffekt 100
6. Das Beschwerdeverfahren 101
7. Die Stellung des Bundesgerichtes in den betreibungsrechtlichen Fällen 101

III. TEIL

§ 10 Die besonderen Prozeßverfahren der aargauischen Zivilprozeßordnung 105
I. Das Befehlsverfahren 105
1. Die vorsorglichen Verfügungen 105
2. Die richterlichen Verfügungen auf Grundlage des Zivilrechtes 107
II. Die vorsorgliche Beweisaufnahme 108
1. Allgemeines 108
2. Das Verfahren 109
III. Das Verbotsverfahren 110
1. Allgemeines 110
2. Das Verfahren 110
§ 11 Schlußbemerkungen 111

Literaturverzeichnis

Baur: Das summarische Verfahren nach zürcherischem Recht, Zürcher Dissertation 1927.

Bayer: Theorie der summarischen Prozesse, 7. Auflage München 1859.

Blumenstein: Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911.

Brändli: Das aargauische Schiedsgericht in historischer und rechtsvergleichender Darstellung, Berner Dissertation (noch nicht gedruckt).

Briegleb: Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse, Leipzig 1859.

Burckhardt W.: Einführung in die Rechtswissenschaft, Zürich 1939.

Claproth: Einleitung in sämtliche summarische Prozesse, 4. Auflage Göttingen 1808.

Danz: Grundsätze der summarischen Prozesse, 3. Auflage Stuttgart 1806.

Eichenberger: Beiträge zum aargauischen Zivilprozeßrecht, Aarau 1949.

Engeler: Der Einzelrichter in den schweizerischen Zivilprozeßrechten, Zürcher Dissertation 1929.

Fritzsche: Schuldbetreibung, Konkurs und Sanierung, 1. Halbband Zürich 1954.

Guldener: Das schweizerische Zivilprozeßrecht, Zürich Band I 1947, Band II 1948.

Heuberger: Das Armenrecht der aargauischen Zivilprozeßordnung, Berner Dissertation 1947.

Heusler: Der Zivilprozeß der Schweiz, Mannheim / Berlin / Leipzig 1923.

Jäger: Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 2 Bände, 3. Auflage Zürich 1911.

Keller: Die neue Zivilprozeßordnung für den Kanton Aargau, Aarau 1913.

Keller-Pfisterer: Die Zivilprozeßordnung für den Kanton Aargau, Aarau 1947.

Leuch: Die Zivilprozeßordnung für den Kanton Bern, 2. Auflage Bern 1937.

Matti: Zivilprozeßrecht, Sonderband aus der Handelshochschule, Zürich 1938.

Meier: Das summarische Verfahren nach schaffhauserischem Recht, Zürcher Dissertation 1948.

Mittermaier: Die summarischen Verfahrensarten des gemeinen und bürgerlichen Prozesses, Bonn 1840.

Nawiasky: Allgemeine Rechtslehre, 2. Auflage Einsiedeln / Zürich / Köln 1948.

Reinert: Das summarische Verfahren nach solothurnischem Recht, Berner Dissertation 1951.

Rosenberg: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes, 4. Auflage München / Berlin 1949.

Schurter-Fritzsche: Das Zivilprozeßrecht des Bundes, Zürich 1924.
— Kantonale Zivilprozeßrechte, Zürich Band 1 1931, Band 2 1933.

Sieben: Über summarisches Zivilprozeßverfahren im geltenden schweizerischen Recht, München 1950.

Steiner: Entscheidungen des aargauischen Obergerichtes, Aarau 1925.

Sträuli-Hauser: Gesetz betreffend den Zivilprozeß, 2. Auflage Zürich 1939.

Thormann: Die prozessuale Ordnung betreibungsrechtlicher Streitigkeiten in den kantonalen Rechten, Berner Dissertation 1930.

Trautweiler: Aargauisches Anwaltsrecht, Aarau 1949.

Wetzell: System des ordentlichen Zivilprozesses, 3. Auflage Leipzig 1878.

Zimmerlin: Aargauisches Zivilprozeßrecht, Aarau 1942.

Verzeichnis der wichtigsten Abkürzungen

AdvG	Gesetz vom 10. Christmonat 1833 über die Ausübung des Advokatenberufes
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze
BG	Bundesgesetz
BGE	Bundesgerichtsentscheide
BlZR	Blätter für zürcherische Rechtssprechung
BV	Bundsverfassung vom 29. Mai 1874
BZP	Bundesgesetz über den Zivilprozeß vom 4.12.1947
EG	Einführungsgesetz
EGOR	Aargauisches Einführungsgesetz zum schweizerischen Obligationenrecht vom 27.12.1911
EGSchKG	Einführungsgesetz für den Kanton Aargau zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11.4.1889
EGZGB	Aargauisches Einführungsgesetz zum schweizerischen Zivilgesetzbuch
FrG	Gesetz über Aufstellung und Verfahren der Friedensrichter vom 22. Christmonat 1852
GebD	Dekret betreffend Gerichtsgebühren in Zivilsachen vom 29.11.1918
GebT	Gebührentarif zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 13.4.1948
HGO	Gesetz zu einer Handelsgerichtsordnung für den Kanton Aargau vom 12.7.1887
KS	Kreisschreiben des aargauischen Obergerichtes
KSSlg	Sammlung der Kreisschreiben des aargauischen Obergerichtes, herausgegeben von der obergerichtlichen Inspektionskommission, Aarau 1935
NF	Neue Folge
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16.12.1943
OJB	Jahresbericht des Obergerichtes
OR	Schweizerisches Obligationenrecht vom 30.3.1911
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11.4.1889

SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
StV	Staatsverfassung für den Kanton Aargau vom 23.4.1885
VJS	Vierteljahresschrift für aargauische Rechtssprechung
ZbJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907
ZPNov	Gesetz betreffend Abänderung des Zivilprozeßrechtes vom 20.3.1941
ZPO	Zivilprozeßordnung für den Kanton Aargau vom 12.3.1900
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

§ 1 Einleitung

1. Das Privatrecht gibt den einzelnen Menschen Rechte und Pflichten. In der Regel werden die Rechte geachtet und die Verbindlichkeiten freiwillig erfüllt. Wenn dies aber aus irgend einem Grunde nicht geschieht, so muß sich entweder der Berechtigte selber helfen, oder der Staat muß ihm beistehen. Selbsthilfe ist historisch das ältere, und war in primitiven Zeiten sogar das einzige Rechtsschutzmittel. Sie ist aber äußerst unvollkommen, da sie oft Gewalt vor Recht ergehen läßt; denn nicht immer ist der Berechtigte auch der Stärkere. Will der Staat die Ordnung und den Frieden im Innern aufrechterhalten, so muß er notgedrungen der Selbsthilfe Schranken setzen. Im Laufe der Jahrhunderte wurde sie deshalb auch bis auf rudimentäre Reste verdrängt [1]). Der Staat kann aber die Selbsthilfe nur dann verbieten, wenn er selbst durch seine Organe den Parteien Rechtsschutz gewährt. Dies geschieht heute durch staatliche Behörden, die im Einzelfall das Recht verbindlich festlegen und es nötigenfalls auch zwangsweise verwirklichen.

2. Der Durchsetzung der Privatrechtsordnung dient zur Hauptsache der Zivilprozeß. Es ist seine Aufgabe, im Urteil einen vollstreckbaren Rechtstitel zu schaffen, welcher in Würdigung des gesamten Sachverhalts gefällt wird und die Rechtslage im Einzelnen klarstellt. Beherrscht wird der Zivilprozeß durch die sogenannte Verhandlungsmaxime, d. h. die Parteien behalten auch im Prozeß die volle Verfügungsfreiheit über den Anspruch. Es steht in ihrem Belieben, ob sie den gerichtlichen Schutz in Anspruch nehmen wollen oder nicht; eine Verpflichtung dazu besteht jedenfalls nicht. Hierher gehört auch, daß der Richter keine Tatsachen beachten darf, die von den Parteien nicht vorgebracht werden wollen. Der Richter erforscht also nicht von Amtes wegen die wirkliche (materielle) Wahrheit, sondern er hat sich mit den vorgebrachten Tatsachen und Beweisen (der formellen Wahrheit) zu begnügen [2]). Man könnte deshalb von Privat-

---

[1]) Vgl. z. B. die Art. 926 ZGB und 52 und 57 OR.
Die Möglichkeit der Selbsthilfe ist in unserm Recht genau abgegrenzt, im übrigen aber ist sie versagt.

[2]) Das Prinzip der materiellen Wahrheit erlangt auf dem Gebiete des Zivilprozesses ausnahmsweise dann Geltung, wenn es zwar den Beteiligten überlassen bleibt, den gerichtlichen Schutz anzurufen, das Rechtsverhältnis aber von der

autonomie auch auf dem Gebiete des Zivilprozesses sprechen, da sich die Anteilnahme des Staates auf die Sorge für die Möglichkeit des Rechtsschutzes beschränkt.

3. Da das Verfahren beiden Parteien die Möglichkeit geben will, alles vorzubringen, was ihnen für die Beurteilung des Falles wesentlich erscheint, ist es weder einfach, noch führt es besonders rasch zum Ziel. Es sind nun aber zahlreiche Fälle denkbar, in denen das etwas komplizierte ordentliche Verfahren nicht das geeignetste Mittel ist, um Rechtsschutz zu verschaffen, weil es infolge der herrschenden Dringlichkeit nicht durchgeführt werden kann, oder weil eine rasche, provisorische Regelung erstrebt wird. Für jene Fälle, bei welchen zwar ein rechtskräftiges Urteil nach vollständig durchgeführtem ordentlichem Verfahren wünschbar wäre, infolge Dringlichkeit aber nicht als zweckmäßig erscheint, wurde das beschleunigte Verfahren geschaffen. Vom ordentlichen Verfahren unterscheidet es sich lediglich durch die Form der Verhandlung, die auf raschere Erledigung hinzielt. Die materiell vollständige richterliche Kognition wird in keiner Weise beschränkt, es ist im Gegenteil die Beschleunigung, welche ihre Grenzen an diesem Prinzipe findet. Alle schweizerischen Prozeßordnungen kennen nun aber, in Anlehnung an den gemeinrechtlichen Prozeß, neben dem ordentlichen und beschleunigten noch ein summarisches Verfahren. Dieses summarische Verfahren wird den Gegenstand dieser Arbeit bilden [3]).

Bevor ich näher auf das summarische Verfahren eintrete, soll ein kurzer Blick auf die Prinzipien und die Verfahrensarten der heute geltenden aargauischen Zivilprozeßordnung geworfen werden.

Gesamtheit als so wichtig erachtet wird, daß sich der Staat in das Rechtsschutzverfahren aktiv einschaltet und auf die Art der Durchführung und auf die Gestaltung des Ergebnisses Einfluß nimmt (z. B.: Eheverfahren, Streitigkeiten im Verhältnis Eltern—Kinder u. a. m.).

[3]) Vgl. zu § 1: Burckhardt S. 127 ff. und 156 ff.; Nawiasky S. 255 ff.; Guldener I S. 23 ff. und 41 ff.; Rosenberg S. 1 ff.; Matti S. 1; Sieben S. 1 ff.

Die aargauische Zivilprozeßordnung im Allgemeinen

§ 2 Die Verfahrensarten der aarg. Zivilprozeßordnung

Wie die Zivilprozeßlehre unterscheidet auch die aargauische Zivilprozeßordnung ein ordentliches Gerichtsverfahren (IV. Abschnitt §§ 81—142) und besondere Prozeßverfahren (VI. Abschnitt §§ 245 bis 318), die in irgend einer Weise vom ordentlichen Verfahren abweichen und deshalb als außerordentliche Verfahren bezeichnet werden müssen.

In bezug auf die der geltenden ZPO zu Grunde liegenden Prinzipien läßt sich kurz folgendes sagen:

a) Verhandlungs- und Offizialmaxime

Das aargauische Gesetz bekennt sich in § 1 Absatz 1 und § 2 grundsätzlich zur Verhandlungsmaxime und zum Prinzip der formellen Wahrheit. Die Offizialmaxime wurde erst durch das EGZGB in gewissem Umfange für eine Reihe familienrechtlicher Streitigkeiten, und zwar insoweit als es das öffentliche Interesse erfordert, eingeführt [1]).

b) Das richterliche Prozeßleitungsamt

Den Auswüchsen der Verhandlungsmaxime begegnet das Gesetz in den §§ 81/82 durch Einführung der richterlichen Prozeßleitung. Danach hat der Gerichtspräsident von Amtes wegen durch Ansetzung von Terminen und Fristen u. a. m. für eine zweckmäßige, rasche und erschöpfende Erledigung der Streitsache zu sorgen [2]).

c) Eventualmaxime

Die Eventualmaxime gilt immer noch insoweit, als das Anbringen der Angriffsmittel auf Klage und Replik und des Verteidigungsstoffes auf Antwort und Duplik beschränkt wird (§§ 134/35 ZPO) [3]).

---

[1]) §§ 40, 47 II, 52 IV, 54, 62 II EGZGB; Eichenberger S. 110.
[2]) Vgl. dazu Rosenberg S. 236 ff.
[3]) Keller-Pfisterer N. 1 zu § 134.

d) Mündlichkeit und Schriftlichkeit

Die gerichtlichen Verhandlungen sind, soweit das Gesetz keine Ausnahmen vorsieht, mündlich (§ 3 ZPO). Das Mündlichkeitsprinzip hat aber durch die Zivilprozeßnovelle von 1941 wesentliche Einschränkungen erfahren. Im Einzelrichterverfahren (§§ 121 ff.) gilt es nur, sofern der Gerichtspräsident nicht schriftliche Einreichung der Parteianbringen anordnet (§ 4 Abs. 1 ZPNov.). Das Verfahren vor Bezirksgericht (§ 127 ZPO, § 5 Abs. 1 ZPNov.) aber ist seit Inkrafttreten der Zivilprozeßnovelle sogar rein schriftlich [4]).

e) Öffentlichkeit

Die gerichtlichen Verhandlungen sind, abgesehen von einigen Ausnahmen [5]), öffentlich (§ 3 ZPO).

f) Unmittelbarkeit [6])

Dieses Prinzip ist seit der Abschaffung des inappellablen Verfahrens durch die Zivilprozeßnovelle ziemlich strikte durchgeführt. Im Einzelrichterverfahren wie im appellablen Verfahren findet das Behauptungs- und Beweisverfahren grundsätzlich vor dem erkennenden Richter statt [7]). Das beschleunigte und das summarische Verfahren sind ebenfalls unmittelbar, das Beweisverfahren kann aber ausnahmsweise auch durch den Gerichtspräsidenten vorgenommen werden.

I. Das ordentliche Verfahren

Für die Streitigkeiten, die im ordentlichen Verfahren zu entscheiden sind, ist grundsätzlich ein friedensrichterlicher Vermittlungsversuch vorgeschrieben (§ 6 ZPO), der prozessual bloße Vorbereitung und nicht Einleitung des Verfahrens ist. Der Friedensrichter soll sich bemühen, unter den Streitenden eine friedliche Aussöhnung durch Anerkennung, Verzicht oder Vergleich herbeizuführen (§ 43 FrG). Kommt ein Vergleich zustande, so muß dieser protokolliert und von

---

Nach §§ 80, 85, 90, 94 APO waren alle Tatsachen auf einmal in der Klage bzw. Antwort anzubringen mit Präklusion für Neuerungen in Replik und Duplik.

[4]) Keller-Pfisterer N. 4 zu § 3.

[5]) §§ 4, 5, 194 ZPO.

[6]) Keller-Pfisterer N. 4 zu § 3.

[7]) Ausnahmen: §§ 137 II, 187 II, 188, 193 II, 212 I, 219, 230, 231 ZPO.

den Parteien unterzeichnet werden (§ 44 FrG). Kann aber eine Verständigung nicht erreicht werden und fällt die Streitsache nicht in die Urteilsbefugnis des Friedensrichters, so wird auf Begehren der klagenden Partei ein Weisungsschein ausgestellt (§ 52 FrG). In Ehescheidungssachen [8]) ist ein Sühneversuch vor dem Gemeindeammann am Wohnsitz des klagenden Ehegatten erforderlich. Jener sollte die persönlichen Verhältnisse besser kennen als der Friedensrichter (§ 8 ZPO). Der Aussöhnungsversuch ist, abgesehen von den Fällen des § 7 ZPO, Prozeßvoraussetzung [9]).

1. Das Behauptungsverfahren [10])

Je nach dem Werte des Streitgegenstandes ist das Verfahren durch mündliche oder schriftliche Klage beim Gerichtspräsidenten einzuleiten (§ 101 I ZPO). Im sogenannten Kompetenzentscheid prüft dieser von Amtes wegen vor Anhandnahme der Klage, ob ein gültiger Weisungsschein vorliegt, und er befindet, gestützt auf die Schätzung des Streitwertes, über die sachliche Zuständigkeit (§ 107 I ZPO [11]). Subsidiär zur Prüfung von Amtes wegen tritt die fristliche Einrede (§ 114 ZPO) [12]), durch die der Richter gezwungen werden kann, in einem Zwischenentscheid zu beurteilen, ob eine bestimmte Prozeßvoraussetzung gegeben ist [13]). Der Entscheid kann mit dem Rechtsmittel der Beschwerde weiter gezogen werden (§§ 107 II und 114 IV ZPO).

Der Inhalt der Klage muß die genaue Bezeichnung der Parteien, alle Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Klage stützt, und das Rechtsbegehren enthalten (§ 111 I ZPO). Mit ihrer Zustellung an den Beklagten tritt die Rechtshängigkeit des Prozesses ein [14]). Eine Klageänderung ist, bloße Einschränkungen ausgenommen, un-

---

[8]) In den übrigen Zivilstandsstreitigkeiten und Ehesachen ist aber kein Vermittlungsversuch erforderlich (§ 7 Ziff. 2 ZPO).

[9]) So ist auch im beschleunigten und im summarischen Verfahren kein Vermittlungsversuch nötig (§ 7 Ziff. 5 ZPO).

[10]) Vgl. dazu: Eichenberger S. 114 ff.; Guldener I S. 328 ff.; Matti S. 1080; Keller-Pfisterer Noten zu §§ 6 und 8.

[11]) Dem Gerichtspräsidenten kommt Entscheidungsbefugnis zu, und zwar auch da, wo nicht er als Einzelrichter, sondern das Bezirksgericht in der Sache erkennendes Gericht ist (vgl. Keller-Pfisterer N. 10 zu § 107).

[12]) Es handelt sich um Beanstandungen von Prozeßvoraussetzungen, die unter der unrichtigen und irreführenden Bezeichnung «fristliche Einreden» geführt werden (Heusler S. 88).

[13]) Keller-Pfisterer N. 2 Ziff. 2 zu § 114.

[14]) Zimmerlin N. 1 zu § 113; Keller-Pfisterer N. 2 zu § 113. Die Zustellung begründet die Einrede der Rechtshängigkeit. Anders z. B. Art. 21 Abs. 1 BZP.

zulässig [15]). Neben den Leistungs- und Gestaltungsklagen hat die aargauische Gerichtspraxis auch die negative und positive Feststellungsklage zugelassen. Ein rechtliches Interesse an der sofortigen Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses ist aber in jedem Fall erforderlich [16]).

In seiner Antwort soll sich der Beklagte genau zu den klägerischen Anbringen äußern, und er soll die Beweiseinreden, alle Tatsachen und Beweismittel, die zu seiner Verteidigung dienen, und ein Antwortbegehren anbringen (§ 115 ZPO). Eine Widerklage ist ausgeschlossen, abgesehen von einigen Ausnahmen (§ 15 II ZPO) [17]).

Das weitere Behauptungsverfahren wickelt sich vor dem Einzelrichter mündlich, vor dem Bezirksgerichte aber schriftlich ab. Weitere tatsächliche Behauptungen und Beweismittel können in der Replik und Duplik noch angebracht werden (§§ 124 und 134 ZPO) [18]), sie dürfen aber nicht zu einer Klageänderung führen [19]). Hätten die Angriffs- und Verteidigungsmittel schon früher geltend gemacht werden können, so ist die an der Verzögerung schuldige Partei in die dadurch entstandenen Kosten zu verfällen (§ 134 ZPO).

2. Das Beweisverfahren [20])

Die aargauische ZPO trennt prinzipiell das Behauptungs- vom Beweisverfahren [21]). Eine Vermischung der beiden Abschnitte findet aber insofern statt, als die Beweisantretung, d. h. die Anführung der einzelnen Beweismittel zu den Behauptungen, schon im Behauptungsverfahren zu geschehen hat (sog. Beweisverbindung §§ 111 und 115 ZPO). Daneben gibt es noch einige weitere Ausnahmen [22]).

Erachtet das Gericht ein Beweisverfahren als notwendig, so wird der Beweis durch ein prozeßleitendes Dekret, den Beweisbeschluß, angeordnet (§ 144 I ZPO), der regelmäßig nur mit dem Endurteil weiter gezogen werden kann (§ 144 II und III). Dem Beweis zu unter-

---

[15]) Keller-Pfisterer N. 2 zu § 113; Eichenberger S. 136/37.
[16]) Keller-Pfisterer N. 7 II zu § 111; Eichenberger S. 124.
[17]) Die Widerklage ist hauptsächlich dann zulässig, wenn zwischen Anspruch und Gegenanspruch Konnexität besteht.
[18]) Gelockerte Eventualmaxime.
[19]) Keller-Pfisterer N. 3 zu § 134.
[20]) Vgl. dazu: Eichenberger S. 157 ff.; Matti S. 1086 ff.
[21]) Die Trennung wird bewirkt durch die Präklusion aller im Behauptungsstadium nicht vorgebrachten tatsächlichen Anbringen.
[22]) Vgl. § 115 b (Beweiseinreden) und §§ 111 II und 115 II (Beweisurkunden). Siehe auch Keller-Pfisterer N. 1 zu 5. Abschnitt «Beweisverfahren».

stellen sind nur erhebliche [23]) und beweisbedürftige [24]) Tatsachen (§ 143 I und II). Jede Partei hat diejenigen Tatsachen zu beweisen, welche sie zur Begründung oder Beseitigung eines Anspruchs behaupten muß [25]). Zugelassen ist auch der Gegenbeweis (§ 143 III). Die Parteien haben das Recht, sämtlichen Beweisaufnahmen beizuwohnen und deren Ergebnisse sachgemäß zu erörtern (sog. Beweisausführung § 146 I). Zu erwähnen ist hier auch die vorsorgliche Beweisaufnahme (§§ 233 ff.). Dieses Institut, das im übrigen durchaus dem ordentlichen Beweisverfahren entspricht, dient der Beweissicherung für ein künftiges oder schon rechtshängiges Urteilsverfahren. Es wird deshalb außerhalb der ordentlichen Reihenfolge der Prozeßhandlungen durchgeführt [26]).

Die aargauische ZPO regelt eingehend den Beweis durch Urkunden (§§ 155—181), Zeugen (§§ 182—202), Sachverständige (§§ 203 bis 216), Augenschein (§§ 217—222) und Parteibefragung (§§ 223 bis 232). Die Beweisführung soll in der Regel unmittelbar vor dem urteilenden Gericht stattfinden (§ 137 II). Nachdem die Parteien das Wort erhalten haben (§ 8 Abs. 3 ZPNov.), soll eine kritische richterliche Prüfung ergeben, ob die tatsächlichen Behauptungen als erwiesen anzusehen sind. Diese Prüfung erfolgt nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 147 I).

3. Das Urteilsverfahren [27])

Das Urteil stellt den normalen Prozeßbeendigungsgrund dar. Neben der Angabe der Parteien, ihrer Begehren, einer kurzen Darstellung des Tatbestandes und den Erwägungen befindet es im Dispositiv über die von den Parteien gestellten Anträge (§ 138). Das Urteil ist den Parteien schriftlich mitzuteilen (§§ 95 und 141), eine etwaige mündliche Eröffnung befreit davon nicht [28]). Nach der Praxis ist der Richter regelmäßig an sein Urteil gebunden, doch ist es ausnahms-

---

[23]) Erheblich sind Tatsachen, welche unmittelbar die Begründung, Änderung oder Zerstörung von Rechten bewirken, aber auch Indizien, die erst den Schluß auf solche Tatsachen zulassen (Keller-Pfisterer N. 7 b zu § 143; Eichenberger S. 157).

[24]) Nicht beweisbedürftig sind: Gerichtliches und außergerichtliches Geständnis, offenkundige Tatsachen (Notorietät) und gesetzliche Vermutungen.

[25]) Art. 8 ZGB, § 143 III ZPO. Keller-Pfisterer N. 8 zu § 143.

[26]) Keller-Pfisterer N. 1 zu Titel VIII «vorsorgliche Beweisaufnahme».

[27]) Vgl. dazu: Eichenberger S. 203 ff.; Matti S. 1091 ff.; Rosenberg S. 213 ff. und 349 ff.

[28]) Keller-Pfisterer N. 3 zu § 95 und N. 3 zu § 141.

weise zulässig, Rechnungsfehler, Schreibfehler und andere offensichtliche Irrtümer nachträglich zu berichtigen. Ebenso sind nachträgliche Erläuterungen eines unvollständigen, zweideutigen oder widersprechenden Entscheides sowie Ergänzungsurteile, wenn versehentlich ein streitiger Punkt nicht beurteilt worden ist, möglich [29]). Das Urteil erwächst in Rechtskraft, wenn nicht binnen 10 Tagen seit der schriftlichen Zustellung ein Rechtsmittel ergriffen wird (§ 141).

Andere Beendigungsgründe sind der Prozeßabstand, der gerichtliche Vergleich (§ 374 lit. d und e) und das Gegenstandsloswerden. In allen Fällen ergeht ein Erledigungsbeschluß.

4. Das Rechtsmittelverfahren [30])

Die aargauische ZPO kennt als ordentliche Rechtsmittel die Appellation (§§ 319 ff.) und die Beschwerde (§§ 337 ff.), sowie als außerordentliches Rechtsmittel die Wiederherstellung (§§ 349 ff.).

Mit der Appellation werden im ordentlichen Verfahren ergehende Endurteile der Bezirksgerichte in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht überprüft [31]). Sie steht nur den Parteien zu, die sich irgendwie beschwert fühlen [32]). Die Einlegung dieses Rechtsmittels hemmt den Eintritt der Rechtskraft (Suspensiveffekt) und läßt die Beurteilung der Sache auf die obere Instanz übergehen (Devolutiveffekt), allerdings nur soweit, als das Urteil angefochten worden ist. Neue tatsächliche Behauptungen und Beweisanträge sind vor Obergericht ausgeschlossen. Zu erwähnen ist hier auch die sogenannte Anschlußappellation, zu der nur der Appellationsbeklagte legitimiert ist (§ 325). Es findet vor Obergericht eine mündliche Verhandlung (§ 331) statt, die Parteien können aber auf sie verzichten (§ 322 I).

Mit der Beschwerde können entweder Endurteile in Einzelrichter-Streitsachen [33]) oder Verfügungen, Zwischenentscheide und Urteile in den besonderen Verfahren, die vom Bezirksgericht oder vom Gerichtspräsidenten als Einzelrichter erlassen werden, angefochten werden [34]). Es handelt sich bei diesem Rechtsmittel um eine bloße Mo-

---

[29]) Siehe auch Zimmerlin N. 4 zu § 138 sowie Keller-Pfisterer N. 9 zu § 138.

[30]) Vgl. dazu: Eichenberger S. 261 ff.; Matti S. 1117 ff.

[31]) Vgl. dazu §§ 319 und 16 ZPO und § 3 ZPNov. — Appellabel sind nur Streitsachen, deren Wert Fr. 1000.— übersteigt, oder die ihrer Natur nach nicht in Geld geschätzt werden können.

[32]) Zimmerlin N. 2 zu § 319.

[33]) Bis zu einem Streitwert von Fr. 300.— Beschwerde gemäß § 337 lit. a, bei einem Streitwert von mehr als Fr. 300.— bis Fr. 1000.— gemäß § 337 lit b ZPO.

[34]) Und zwar ohne Rücksicht auf die Höhe des Streitwertes.

difikation der Appellation. Der Beschwerde kommt Suspensiv- und Devolutiveffekt zu, und es gilt für sie auch ein Novenverbot. Eine mündliche Verhandlung vor Obergericht findet aber in der Regel nicht statt (§ 342). Während § 337 lit. b die Beschwerde uneingeschränkt zuläßt, verlangt lit. a eine offenbare Verletzung des Gesetzes oder des gesetzlichen Verfahrens. Zu beachten ist auch hier die Innehaltung einer 10tägigen Beschwerdefrist (§ 338).

Die Wiederherstellung ist ein außerordentliches Rechtsmittel, das nur bei Vorliegen bestimmter gesetzlicher Gründe (§ 349 lit a—e) gewährt wird. Sie bezweckt die Aufhebung formell rechtskräftiger Urteile, die das Obergericht, ein Bezirks- oder Schiedsgericht erlassen haben (§ 349 I). Die Wiederherstellung wird nur dann bewilligt, wenn ein rechtliches Interesse an der Neubeurteilung nachgewiesen werden kann. Dem Rechtsmittel kommt weder ein Suspensiv- noch ein Devolutiveffekt zu. Das Gesuch um Wiederherstellung ist binnen drei Monaten seit Entdeckung des Revisionsgrundes beim erstinstanzlichen Richter einzureichen (§ 352). Gegen ein abweisendes Urteil kann je nach dem Streitwert das Rechtsmittel der Appellation oder der Beschwerde ergriffen werden (§ 355). Ein Zuspruch aber beseitigt die Einrede der beurteilten Sache, so daß einer Neubeurteilung nichts mehr im Wege steht (§ 354).

II. Das beschleunigte Verfahren [35])

Das beschleunigte Verfahren, eine bloße Modifikation des ordentlichen, unterscheidet sich von diesem lediglich durch die äußere Form der Verhandlung, die auf raschere Erledigung hinzielt. Eine Streitsache, die in das beschleunigte Verfahren gewiesen ist, fällt, ohne Rücksicht auf den Streitwert, in die ausschließliche sachliche Zuständigkeit des Bezirksgerichtes (§ 314/15). Das Klagebegehren ist mündlich oder schriftlich beim Gerichtspräsidenten anzubringen, muß aber längstens innert 8 Tagen schriftlich begründet werden (§ 314 II). Ein friedensrichterlicher Vermittlungsversuch ist nicht erforderlich (§ 7 Ziff. 5). Das begründete Begehren ist dem Beklagten sofort zuzustellen (§ 314 III). Die Verhandlung vor Bezirksgericht, zu der ohne Beachtung der 8tägigen Frist vorgeladen werden darf, ist mündlich [36]). Nach Schluß der Parteiverhandlung urteilt

[35]) Vgl. dazu: Eichenberger S. 250 ff.; Guldener II S. 346 ff.; Matti S. 1070 und 1105 ff.; Schurter-Fritzsche I S. 479.

[36]) Vgl. auch § 84 ZPO; Keller-Pfisterer N. 4 und 6 zu § 314.

das Gericht sofort, oder es erläßt einen Beweisbeschluß (§ 315 I). Längstens binnen 6 Monaten soll die Streitsache erledigt sein (§ 316 II) [37]). Als Rechtsmittel gegen den Entscheid aus dem beschleunigten Verfahren ist die Beschwerde gemäß § 337 lit. b gegeben (§ 316 I).

Für eine Reihe von Streitigkeiten schreibt das SchKG das beschleunigte Verfahren vor [38]). Es bleibt aber den Kantonen überlassen, noch weitere Prozesse betreibungsrechtlicher Natur oder anderer Art diesem Verfahren zu unterstellen [39]).

III. Die besonderen Verfahrensarten

Im VI. Abschnitt behandelt die aargauische ZPO in 7 Titeln die besonderen Prozeßverfahren:

1. Titel: «Befehlsverfahren» (§§ 245—256)
2. Titel: «Verbote» (§§ 257—271)
3. Titel: «Aufforderung zur Klage» (§§ 272—282)
4. Titel: «Aufrufverfahren» (§§ 283—296)
5. Titel: «Rechnungsprozeß» (§§ 297—303)
6. Titel: «Offenbarungsverfahren» (§§ 304—312)
8. Titel: «Summarisches Verfahren» (§ 318)

Es erübrigt sich, hier näher auf diese verschiedenen Verfahrensarten einzutreten, da sie, insbesondere das summarische Verfahren gemäß § 318 ZPO, Gegenstand der folgenden Darlegungen sein werden.

IV. Das Schiedsgerichtsverfahren [40])

Schiedsgerichte sind außerstaatliche, vertraglich bestellte Gerichte zur Erledigung privatrechtlicher Streitigkeiten [41]). Ihre Entscheidungen erlangen, gleich denen staatlicher Gerichte, Rechtskraft und Vollstreckbarkeit (§ 373). Der Schiedsgerichtsvertrag, durch den gegenwärtige oder künftige Streitigkeiten Schiedsrichtern zur Beurteilung unterstellt werden, bedarf zu seiner Gültigkeit der Schrift-

---

[37]) Vgl. auch Art. 25 Ziff. 1 SchKG.

[38]) Vgl. z. B.: SchKG Art. 111, 148, 157, 265 III, 279, 284.

[39]) Vgl. ZPO §§ 176 II, 181, 235 III, 277, 308, 383, 389, 392.

[40]) Vgl. dazu: Brändli: «Das aarg. Schiedsgericht in historischer und rechtsvergleichender Darstellung»; Keller-Pfisterer Noten zum Abschnitt «Schiedsgerichte»; Guldener II S. 508 ff.; Rosenberg S. 766 ff.

[41]) Keller-Pfisterer N. 1 zum Abschnitt «Schiedsgerichte».

form (§ 356). Gegenstand einer solchen Vereinbarung dürfen nur Rechte und Rechtsverhältnisse sein, über welche die Parteien frei verfügen können (§ 356 I). In der Regel hat jede Partei einen Schiedsrichter zu bezeichnen (§ 358); ein Obmann ist nur dann zu wählen, wenn sich jene nicht einigen können (§ 365). Der Schiedsrichter kann auf Verlangen vom Obergerichtspräsidenten ernannt werden, wenn eine Partei die ihr obliegende Wahl nicht vornimmt (§ 358). Stellen die Parteien für das Verfahren vor dem Schiedsgericht keine besonderen Vorschriften auf, so ist nach den Grundsätzen, welche für das Bezirksgericht gelten, zu verfahren (§ 362). Die Schiedsrichter entscheiden nach freiem Ermessen, sofern sie nicht durch besondere Abrede an das Gesetz gebunden sind (§ 364). Das Urteil ist zu begründen und von den Schiedsrichtern zu unterzeichnen. Eine beglaubigte Abschrift ist beim zuständigen Bezirksgericht zu hinterlegen (§ 366).

Gegen den Schiedsspruch ist das Rechtsmittel der Beschwerde an das Obergericht zulässig; sie wird aber im § 367 von ganz speziellen Voraussetzungen abhängig gemacht. Die Frist zur Einreichung beträgt 20 Tage (§ 368). Die Beschwerde geht regelmäßig auf Aufhebung des Schiedsspruches. Wird das Begehren geschützt, so wird der Schiedsspruch aufgehoben (§ 372), andernfalls aber bleibt dieser bestehen. Neben der Beschwerde ist auch das Rechtsmittel der Wiederherstellung gegeben (§ 349) [42].

[42]) Vgl. dazu auch Keller-Pfisterer N. 2 zu § 367.

Das summarische Verfahren

§ 3 Die Entwicklung des summarischen Verfahrens

I. Der kanonische Beschleunigungsprozeß [1])

1. Die kanonische Gesetzgebung und Praxis hatte schon im 12. Jahrhundert ein sehr genaues und strenges, aber schwerfälliges Prozeßverfahren ausgebildet, das sich durch ängstliche Wahrnehmung äußerlicher Solennitäten, schriftliche Form, strenge Einhaltung der natürlichen Aufeinanderfolge der Parteihandlungen und Aufstellung einer Reihe von geräumigen Terminen charakterisierte. Dieser neue Prozeß gelangte schnell zu allgemeinem Ansehen auch bei den weltlichen Gerichten. Seine Formstrenge erklärt sich aus der Reaktion gegen die vorherige Formlosigkeit, wie sie seit dem Verfall des römischen und germanischen Gerichtswesens geherrscht hatte. Mit der Zeit aber mußte dieser Formalismus doch als zu schwerfällig und umständlich empfunden werden, umsomehr als der Prozeß damals keineswegs auf die Verhandlung eigentlicher Rechtsstreitigkeiten beschränkt war. So begannen die Päpste schon gegen das Ende des 12. Jahrhunderts für einzelne Fälle abweichende Vorschriften zu erlassen, die durch eine allgemeine Beschleunigungstendenz gekennzeichnet waren. Endlich, zu Beginn des 14. Jahrhunderts, erhielten diese Bestimmungen ihren Niederschlag in der sogenannten Clementina Saepe [2]). Dem Beispiel der römischen Kurie folgte die weltliche Praxis auf dem Fuße. Ähnliche Bestimmungen, wie sie die Clementina enthielt, wurden in die meisten der damals schon zahlreichen italienischen Stadtrechte aufgenommen.

2. Das neu eingeführte Verfahren war schon deshalb bedeutend, weil es eine genaue Bestimmung aller anzuwendenden Mittel der Vereinfachung und Beschleunigung enthielt und weil die Beschleunigungsvorschriften unverkennbar mit der prinzipiellen Grundlage der alten, strengen Prozeßordnung in offenbarem Widerspruch standen.

[1]) Vgl. dazu: Briegleb S. 15—168; Baur S. 1 ff.; Sieben S. 1 ff.

[2]) Es handelt sich um eine Decretale des Papstes Clemens V aus dem Jahre 1306.

So wurde der formelle Akt der Litiscontestation als überflüssig erklärt und damit die prozeßhindernde Wirksamkeit der Verweigerung der Streiteinlassung aufgehoben. Ebenso wurde die den Prozeßgang unnötig verzögernde Befugnis der Parteien, gegen jede richterliche Verfügung zu appellieren, insoweit beschränkt, als dies ohne Beeinträchtigung der Verteidigungsmittel geschehen konnte. Weiter wurden die zahlreichen Termine, die im ordentlichen Prozeß gestattet werden mußten, vermindert, die Zeitfristen verkürzt, und die weltlichen Gerichtsferien brauchten nicht mehr beobachtet zu werden. Ferner durfte der Richter Zeugen und Beweismittel auf das Notwendige beschränken und selbst nach Gutdünken Fragen stellen. Und endlich wurden auch einige Prozeß-Solennitäten erlassen [3]).

War der alte Prozeß durch eine Verhandlungsmaxime von extremer Einseitigkeit beherrscht, so ist in der Clementina der Durchbruch des Offizialprinzips durch Anordnung einer strengen und kräftigen richterlichen Prozeßleitung kaum zu verkennen. Die beiden Verfahren unterscheiden sich also durch eine tiefgreifende, strukturelle Verschiedenheit. Man versteht deshalb, daß in jener Zeit das neu eingeführte schleunige Verfahren im Verhältnis zur alten Prozeßordnung als «processus extraordinarius», als außerordentliche Prozeßart, erscheinen mußte.

3. Schon früh wurde das beschleunigte Verfahren der Clementina zu Unrecht als summarischer Prozeß bezeichnet. Dies ist jedoch schon deshalb nicht zutreffend, weil einmal der Ausdruck «summarisch» nach seiner sprachlichen Bedeutung [4]) nicht dazu taugen kann, eine formell vereinfachte und beschleunigte, materiell aber vollständige und ungekürzte Kognition zu bezeichnen [5]) und weil ferner schon lange vor Entstehung der Clementina ein davon gänzlich verschiedenes, durch materielle Unvollständigkeit der Kognition charakterisiertes Verfahrenssystem vorhanden war, welches von jeher unter dem Namen «summarischer Prozeß» bekannt gewesen war.

---

[3]) Vgl. dazu auch Bayer S. 120 ff.

[4]) Summatim bedeutet: Der Hauptsache nach, hauptpunktweise. Die römischen Rechtsquellen, aus welchen der Ausdruck «summatim» abgeleitet ist, gebrauchen denselben im Sinne der materiell verkürzten Kognition, nicht aber im Sinne der formellen Beschleunigung.

[5]) Die Clementina kürzte den Prozeß nur insoweit ab, als dies ohne Beeinträchtigung der legalen Verteidigungsmittel der Parteien möglich war. Es war vielmehr die Beschleunigung selbst, die ihre Schranken am Prinzip der materiell vollständigen Kognition fand.

4. Es entspricht durchaus dieser irrtümlichen Bezeichnung, wenn im 17./18. Jahrhundert in Deutschland jeder Prozeß, der sich durch Kürze auszeichnete, kurzerhand als summarisch hingestellt wurde, erblickte man doch gerade im Moment der Beschleunigung das Hauptmerkmal für die Summarietät. Aus dieser Auffassung heraus gelangte man zur Einteilung der summarischen Prozesse in zwei Hauptarten, nämlich in einen unbestimmt (oder regulär) summarischen Prozeß, der sich vom ordentlichen Verfahren nur darin unterschied, daß die Sache schneller entschieden wurde, und in einen bestimmt (oder irregulär) summarischen Prozeß, der in wesentlichen Bestandteilen vom Ordinarium abwich. Nach Briegleb kann es sich aber nur beim zuletztgenannten Verfahren um ein summarisches handeln, da nur es die materielle Kognition beschränkt [6]).

II. Das summarische Verfahren nach gemeinem Recht [7])

1. Wie oben schon kurz erwähnt, wird der summarische Prozeß, im Gegensatz zum beschleunigten Verfahren, das seinen Ursprung dem kanonischen Recht verdankt, aus den Quellen des römischen Rechts abgeleitet, wo von einem «summatim cognoscere» die Rede ist. Als Gewohnheitsrecht wurde es von den Glossatoren, deren Nachfolger und der Lehre zum gemeinrechtlichen Prozeß weiter ausgebildet. Waren das ordentliche und das beschleunigte Verfahren ihrer Struktur nach für jene Fälle bestimmt, die eine endgültige, urteilsmäßige Erledigung bezweckten, so haben wir hier ein Prozeßsystem vor uns, dessen Ziel die Herbeiführung einer zwar unverzüglichen, aber auch unvollkommenen, provisorischen Rechtshilfe war. Dieser Prozeß charakterisierte sich in erster Linie durch die eigentümliche Beschränkung der «causae cogniti» auf die «summa rei capita», d. h. auf die nächsten und unerläßlichsten Voraussetzungen eines an sich begründeten Anspruchs.

2. Es ist selbstverständlich, daß ein so gekürztes Verfahren dem Kläger leichteren Erfolg versprechen mußte als ein materiell vollständiges. Die Beschränkung der Verhandlung und der richterlichen Erkenntnistätigkeit läßt sich nur aus dem organischen Zusammenhang des Prozeßrechtes mit dem materiellen Zivilrecht erklären,

---

[6]) Vgl. dazu auch: Bayer, Danz und Claproth.

[7]) Vgl. dazu: Briegleb S. 1—14 und S. 169 ff.; Baur S. 4 ff.; Matti S. 1108 ff.; Sieben S. 8 ff.

wonach jenes gar keine andere Aufgabe hat, als diesem so rasch und so gut wie möglich zum Erfolge zu verhelfen. Jeder gerichtliche Schutz begegnet nun aber notwendigerweise einer nicht unbeträchtlichen Schwierigkeit: Einerseits nämlich der Forderung, nur gerechten Ansprüche seinen Schutz zu verleihen, und anderseits dem Ruf nach sofortiger Hilfe. Der Richter kann aber in der Regel nicht augenblicklich Rechtshilfe gewähren, er hat sich vielmehr zunächst darüber Gewißheit zu verschaffen, ob die angebliche Rechtsverletzung auch tatsächlich existiert. Sollen die Parteien der Untersuchung des Tatbestandes durch den Richter Vertrauen entgegen bringen können, so muß diese genau sein. Je genauer sie aber sein wird, desto mehr Zeit wird sie für sich in Anspruch nehmen. Man versteht deshalb, daß die Gesetzgebungen aller Zeiten immer wieder nach Mitteln und Wegen gesucht und geforscht haben, um die langwierige, ordentliche Rechtshilfe abzukürzen. Nur so wird es möglich sein, Härten und Unbilligkeiten, die ein langer Rechtsgang nach sich ziehen muß, möglichst abzuschwächen. Aus diesem Grunde sind in das positive Recht einige Institutionen eingewachsen, die an das Recht der Selbsthilfe grenzen. Insbesondere auch das summarische Verfahren muß in diesem Zusammenhange erwähnt werden. Obwohl man selbstverständlich auch in diesem Verfahren der richterlichen Herrschaft unterworfen ist, darf doch gesagt werden, daß gerade es gewissermaßen die Rolle eines Vermittlers zwischen der strengen Forderung nach unbedingter Unterstellung unter den Richter und einem angeborenen Recht auf Selbsthilfe spielt.

3. Neben der rein formellen Beschleunigung des Verfahrens kannten schon das römische und später das gemeine Recht einige Mittel, die es dem Kläger ermöglichten, leichter und schneller gerichtliche Hilfe zu erlangen. Die Merkmale dieses Verfahrens waren im gemeinen Recht kurz die folgenden:

Im summarischen Prozeß war die Entscheidungsgrundlage derart umgestaltet, daß der Richter auch dann zusprechen durfte, wenn weniger oder andere Anspruchsvorausesetzungen nachgewiesen waren als eigentlich nach dem ordentlichen materiellen Recht hätten nachgewiesen werden müssen. Aber auch hier mußte der Kläger, um zu siegen, das Vorhandensein derjenigen Momente nachweisen, auf welchen die Entstehung seines Anspruches beruhte [8]). Dabei hatte er

[8]) In dieser Beziehung kann zwischen ordentlicher und summarischer Rechtsverfolgung kein Unterschied festgestellt werden.

unverzüglich, d. h. sogleich mit seinem Vorbringen, den Beweis anzutreten, ohne die richterliche Beweisverfügung abzuwarten [9]). Nach der durch die gemeinrechtliche Theorie entwickelten Auffassung mußte nicht voller Beweis erbracht werden, sondern es genügte bloße Glaubhaftmachung oder Bescheinigung [10]). Eine wesentliche Erleichterung für den Kläger in diesem Prozeß bestand darin, daß das gegnerische Verteidigungsrecht weitgehend eingeschränkt war. So waren Gegenbeweise und Einreden des Beklagten, die nicht unverzüglich vorgebracht werden konnten, ausgeschlossen. Zeigte aber die in continenti liquide Verteidigung des Beklagten, daß der klägerische Anspruch definitiv unbegründet war, so wurde der Kläger abgewiesen [11]). Das Verfahren beruhte also auf dem Prinzip der Prima-facie Kognition, ermäßigt durch die Zulassung unverzüglich evidenter Defensionen [12]).

Weil die Klage auf die absolut notwendigen Voraussetzungen beschränkt war und nur liquide Verteidigungsmittel zulässig waren, ergab sich daraus für die Begründung eines Anspruchs eine bloße Wahrscheinlichkeit. Die materielle Beschränkung der richterlichen Erkenntnistätigkeit ließ es denn auch ohne weiteres als möglich erscheinen, daß in einem summarischen Prozeß etwas zuerkannt wurde, was sich bei vollständiger Kognition als unrecht erwies. Aus diesem Grunde kam dem Urteil aus dem Summarium im gemeinen Recht nur provisorische Wirkung zu. Mittels einer auf dem ordentlichen Wege zu verhandelnden Nachklage konnte das ganze Streitverhältnis nochmals zur Austragung gebracht werden. Dem im summarischen Verfahren Unterlegenen wurde es dadurch ermöglicht, das ihm durch das Urteil Entzogene zurückzufordern und sich für alle im summarischen Verfahren erlittenen Vermögensnachteile schadlos zu halten. Die Einrede der res iudicata aus dem Summarium konnte also der actio ordinaria nicht entgegen gehalten werden. Der Unterschied zwischen summarischem und ordentlichem Verfahren ist eben nicht nur in der

---

[9]) Vgl. dazu auch: Meier S. 47; Wetzell S. 195, S. 302 N. 2.

[10]) Diese These konnte sich, wie Briegleb bewies, nicht auf schlüssige Quellennachweise stützen. So charakterisierte sich im römischen Recht der Beweis im Summarium durch objektive Beschränkung oder Unvollständigkeit. Die Meinung, daß sich die Beschränkung des Beweises in erster Linie auf dessen Qualität beziehe, ist erst durch das gemeine Recht entwickelt worden.

[11]) Es galt hier: «dolo facit, qui summario iudicio petit, quod ordinario redditurus est» (Briegleb S. 308).

[12]) Unter Prima-facie Kognition versteht man also diejenige, die sich damit begnügt, «id, quod prima facie iustum videatur» zu ermitteln (Briegleb S. 172).

bloßen Form zu suchen, denn sonst wäre es undenkbar gewesen, daß dieselbe Streitfrage durch Wahl einer anderen Prozeßart nochmals zur richterlichen Entscheidung hätte gebracht werden können. Vielmehr wurde im nachfolgenden ordentlichen Verfahren in bezug auf denselben Gegenstand ein Anspruch von anderer rechtlicher Bedeutung (aliud ius) geltend gemacht.

4. Das gemeine Recht unterschied vier Hauptarten summarischer Prozesse [13]):

Exekutivstreitsachen
Kautions- und Arrestsachen
Possessorische Streitsachen
Präparatorische Streitsachen

III. Geltendes Recht

1. Das Bedürfnis nach einem einfacheren und raschen Verfahren war nicht nur zur Zeit des römischen und des gemeinen Rechts vorhanden, sondern es bestand und besteht überall dort, wo das ordentliche Verfahren nicht allen Notwendigkeiten Schutz gewähren kann [14]). Heute hat sich die Auseinanderhaltung der beiden Begriffe «beschleunigt» und «summarisch» durchgesetzt [15]). In der Schweiz gibt es aber nicht ein einheitliches summarisches Verfahren, sondern es gibt in den einzelnen Prozeßgesetzen eine ganze Reihe verschiedenartiger Verfahren, die sich dank ihrer charakteristischen Merkmale als summarische qualifizieren lassen. Ob ein Verfahren summarisch ist, darf demnach nicht aus dem dafür verwendeten Namen geschlossen werden, es ist vielmehr auf dessen Eigenart abzustellen. Denn oft werden für summarische Verfahren andere Bezeichnungen verwendet.

2. Das ordentliche und das beschleunigte Verfahren gehen auch heute darauf aus, eine Streitsache mit erschöpfender Behandlung des Prozeßstoffes endgültig zu erledigen. Ein tatsachen- und rechtsrichtiges Urteil darf nur dann erwartet werden, wenn den Parteien ausgiebig Gelegenheit geboten wird, alle ihnen wesentlich erscheinenden

---

[13]) Vgl. dazu: Bayer, Briegleb, Claproth, Danz, Mittermaier.

[14]) Sieben S. 10.

[15]) Vgl. beispielsweise Art. 25 Ziff. 1 und 2 SchKG, der von summarischem und beschleunigtem Verfahren spricht und damit zwei verschiedene Prozeßarten meint.

Behauptungen anzubringen. Als nachteilige Folge ist aber ein relativ großer Zeit- und Kostenaufwand kaum zu vermeiden [16]).

Das summarische Verfahren, welches im Verhältnis zu den beiden oben genannten Verfahren eine besondere (außerordentliche) Prozeßart darstellt, bezweckt in der Regel nicht eine endgültige, urteilsmäßige Erledigung. Vielmehr dient es zur Hauptsache dem Erlasse richterlicher Sicherungs- und Vollstreckungsmaßnahmen, einstweiliger Verfügungen oder ähnlichem. Das Gesetz gibt damit den Parteien ein Mittel schnellsten richterlichen Schutzes in die Hand. Es soll damit drohendem, unter Umständen unersetzlichem Schaden oder sogar unerlaubter Selbsthilfe seitens einer Partei Einhalt geboten werden. In solchen Fällen kommt dem Urteil grundsätzlich nur provisorische Wirkung zu, da infolge unvollständiger Ermittlung des Sachverhalts die Gewähr für ein richtiges Urteil nicht geboten werden kann. Daneben kommt das summarische Verfahren aus Gründen der Prozeßökonomie auch in solchen Fällen zur Anwendung, deren Beurteilung keine Schwierigkeiten bietet, weil der Sachverhalt unbestritten und die Rechtsanwendung einfach ist. Ferner findet es dank seiner Ausgestaltung auch Anwendung für Fälle, die nicht unbedingt einem Zivilprozeßverfahren unterliegen müßten [17]).

3. Die im heutigen schweizerischen Recht für die summarischen Verfahrensarten geltenden Kriterien sind kurz die folgenden [18]):

a) Das charakteristische Merkmal darf auch heute in der eigentümlichen Kürzung des ganzen Rechtsschutzverfahrens im Sinne einer Beschränkung der Materialien der Streitverhandlung auf die wesentlichsten Punkte erblickt werden.

b) Eine Umgestaltung des summarischen Verfahrens gegenüber dem ordentlichen liegt vor allem in den Bestimmungen über die Beweisführung. Beweise müssen sofort (d. h. ohne Vertagung) erbracht werden. Behauptungen, die nicht sofort bewiesen werden können, werden nicht gehört.

---

[16]) Vgl. dazu und auch zum folgenden Abschnitt: Baur S. 16 ff.; Guldener II S. 427 ff.; Heusler S. 189 ff.; Matti S. 1070 und 1108 ff.; Sieben S. 11 ff.

[17]) So z. B. bei rein betreibungsrechtlichen Verfügungen oder bei verschiedenen Fällen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit. Ferner für Fälle kantonalen Rechts, so für alle Verbote, die ebensogut einem Administrativverfahren unterliegen könnten (Sieben S. 13).

[18]) Vgl. dazu: Matti S. 1108 ff.; Reinert S. 42 ff.; Schurter-Fritzsche I S. 548 ff.; Sieben S. 13 ff.

c) Für einzelne summarische Verfahren werden die Beweismittel von Gesetzes wegen eingeschränkt. Fehlt eine solche Regelung, so muß der Richter im Einzelfall untersuchen, ob das angebotene Beweismittel tauglich oder, infolge seiner das Verfahren verzögernden Wirkung, untauglich ist. In diesem Falle muß es abgelehnt werden[19]).

d) Oftmals wird der Richter auch angewiesen, sich an Stelle des vollen Beweises mit bloßer Glaubhaftmachung zu begnügen [20]).

e) Ferner zeichnen sich die summarischen Verfahren durch oft äußerst knapp bemessene Fristen und durch Formlosigkeit aus.

f) Die Mitteilung der gerichtlichen Entscheide hat sofort zu erfolgen [21]).

g) Sehr einschneidend wirkt endlich die Beschränkung der Rechtsmittel. In vielen Fällen sind nur die außerordentlichen Rechtsmittel zulässig, während die ordentlichen von vorneherein ausgeschlossen sind. Daraus erklärt sich auch, daß die formelle Rechtskraft für die im summarischen Verfahren ergehenden Entscheide in der Regel sofort mit deren Eröffnung eintritt.

§ 4

Das summarische Verfahren der aarg. ZPO im Allgemeinen

1. Auch die aargauische Zivilprozeßordnung kennt, wie übrigens die meisten modernen Prozeßordnungen, ein summarisches Verfahren, dem sie einen einzigen Artikel, den § 318, widmet. Im Gegensatz zu andern kantonalen Prozeßgesetzen [1]) verweist nun aber das aargauische Recht lange nicht alle diejenigen Streitigkeiten, die ihrer Natur nach hierher gehörten, in das summarische Verfahren. Das ist in erster Linie darauf zurückzuführen, daß eine große Anzahl solcher Streitigkeiten dem Befehlsverfahren unterstellt worden sind. Gemäß § 245 ZPO kommt dieses Verfahren einmal dann zur Anwendung, wenn es von Gesetzes wegen vorgeschrieben wird, dann aber auch, wenn eine vorsorgliche Verfügung zur Aufrechterhaltung eines tatsächlichen Zustandes oder zur Abwehr eines drohenden erheblichen Nachteils notwendig ist. Die Einführungsgesetze zum ZGB und

---

[19]) An sich sind alle Beweismittel tauglich. Begrifflich darf nicht zwischen schleunigen und nichtschleunigen Beweismitteln unterschieden werden, wie das in der gemeinrechtlichen Theorie geschehen ist (Briegleb S. 310 ff.).

[20]) Vgl. z. B. Art. 82 II und 182 Ziff. 2 und 3 SchKG.

[21]) Vgl. z. B. Art. 184 I SchKG.

[1]) Vgl. z. B. die bernische ZPO Art. 305 ff. und die zürcherische ZPO §§ 277 ff.

OR weisen sehr viele richterliche Verfügungen auf Grund des Zivilrechts in das Befehlsverfahren, wobei es sich bald um Fälle nichtstreitiger Gerichtsbarkeit, bald aber auch um vorsorgliche Verfügungen handelt [2]). Die Unterstellung aller dieser Tatbestände unter das Befehlsverfahren ist aber wenigstens in der Hinsicht nicht zu beanstanden, als sowohl bei den Befehlsentscheiden gemäß § 245 Ziff. 1 ZPO, als auch bei den vorläufigen Maßnahmen gemäß § 245 Ziff. 2 ZPO ein summarisch gestaltetes Erkenntnisverfahren zur Durchführung gelangt [3]). Gleiches kann auch für das Verbotsverfahren gesagt werden, das im Allgemeinen der Abwehr befürchteter zukünftiger Besitzesstörungen dient. Auch dieses Verfahren ist summarischer Natur (§§ 257 ff. ZPO). Nicht ganz verständlich ist es hingegen, daß das Gesetz auch verschiedene Tatbestände, bei denen eine richterliche Verfügung vollauf genügen würde, in das beschleunigte Verfahren verweist. Solche Fälle könnten ebensogut oder sogar besser im summarischen oder auch im Befehlsverfahren erledigt werden [4]).

2. Zur Einführung eines summarischen Verfahrens sah sich der aargauische Gesetzgeber durch die bundesrechtliche Vorschrift in Art. 25 Ziff. 2 SchKG veranlaßt. Diese Bestimmung verpflichtet die Kantone, das summarische Prozeßverfahren betreffend Rechtsvorschläge und Konkursbegehren festzulegen. Es ist zu bedauern, daß man sich bei der Einführung dieses Verfahrens und bei der Revision der Zivilprozeßordnung im Jahre 1900 nicht entschließen konnte, den ganzen VI. Abschnitt betreffend die besonderen Prozeßverfahren einer eingehenden Revision zu unterziehen. Man zog es vor, am Althergebrachten festzuhalten. An den besonderen Verfahren wurden beinahe keine Änderungen vorgenommen, und viele Bestimmungen wurden sogar wortwörtlich aus der alten Zivilprozeßordnung übernommen. So kommt es, daß die aargauische Zivilprozeßordnung heute kein summarisches Verfahren besitzt, das für alle jene Streitigkeiten Geltung hat, die ihrem Wesen entsprechend in dieses Verfahren gehören würden. Wie bereits oben erwähnt, ist dieser Zustand wenigstens in jener Hinsicht nicht zu bemängeln, als einzelne besondere Verfahren, wie eben beispielsweise das Befehls- und das Verbotsverfahren, ihrer Natur nach auch als summarische Prozeßarten zu be-

---

[2]) Eichenberger S. 215.

[3]) Keller-Pfisterer N. 5 zum Titel «Befehlsverfahren».

[4]) Vgl. z. B. Art. 165, 167, 185, 611, 612 ZGB, die durch das EGZGB ins beschleunigte Verfahren gewiesen werden, obwohl in allen diesen Fällen ein richterlicher Befehl durchaus genügen würde. Vgl. dazu auch Eichenberger S. 250.

zeichnen sind. Durch die Vielzahl der besonderen Verfahren in der aargauischen ZPO entsteht aber eine Mehrspurigkeit, die im Interesse einer systematischen, klaren und übersichtlichen Lösung nicht von Gutem sein kann.

Im Vergleich dazu ist meines Erachtens der Aufbau der bernischen ZPO bedeutend besser und klarer, indem nämlich in diesem Prozeßgesetz ganz generell nur zwischen ordentlichem und summarischem Verfahren unterschieden wird. Dem summarischen Verfahren werden dabei, seinem Wesen entsprechend, alle jene Fälle zugewiesen, in denen es sich nicht um die endgültige Erledigung einer privatrechtlichen Streitigkeit handelt. Im einzelnen findet das Verfahren bei Schuldbetreibungs- und Konkurssachen, bei Maßnahmen und Verfügungen auf Grundlage des Zivilrechts und bei einstweiligen Verfügungen Anwendung, ferner auch bei Streitigkeiten über die Bestellung des Schiedsgerichts und bei Vollstreckungsstreitigkeiten [5]).

Nur nebenbei sei hier noch erwähnt, daß sowohl die bernische als auch die zürcherische ZPO ein besonderes beschleunigtes Verfahren nicht vorsehen. Wo ein solches aber durch andere Gesetze, wie z. B. durch das SchKG, vorgeschrieben wird, soll der Richter durch Ansetzung kürzerer Fristen das ordentliche Verfahren beschleunigen. Diese Lösung ist äußerst einfach, sie genügt aber durchaus allen Anforderungen, und zwar umsomehr, als sich die einzelnen Beschleunigungsvorschriften ohne jede Schwierigkeit in das bewegliche ordentliche Verfahren einpassen lassen. Jedenfalls ist diese einfache und zweckmäßige Lösung derjenigen der aargauischen ZPO vorzuziehen, die in Einzelfällen einer raschen Erledigung sogar im Wege stehen kann [6]).

3. Da das summarische Verfahren des Kantons Aargau, von einer einzigen Ausnahme abgesehen, nur auf die rein betreibungsrechtlichen Streitigkeiten formeller Natur und die einseitigen richterlichen Verfügungen im Schuldbetreibungsverfahren [7]) zur Anwendung kommt, rechtfertigt sich ein Blick auf das Schuldbetreibungsrecht.

---

[5]) Vgl. dazu Matti S. 1112/13.
Bernische ZPO Art. 305 ff. (2. Abschnitt «Summarisches Verfahren»), ferner Art. 385 (betr. Schiedsgerichte) und Art. 402 und 411 (betr. Vollstreckungsstreitigkeiten).

[6]) Vgl. dazu die Kritik am beschleunigten Verfahren bei Eichenberger S. 251.
Vgl. auch: Leuch S. 143; Matti S. 1106; Sträuli-Hauser Noten zu § 108 zürch. ZPO.
Bern. ZPO Art. 115 und 294, zürch. ZPO § 108, aarg. ZPO §§ 313 ff.

[7]) Vgl. zu diesen Begriffen unten § 5 I.

§ 5 Das Schuldbetreibungsrecht

I. Die Tätigkeit der Gerichte in Verbindung mit Schuldbetreibung und Konkurs[1])

Grundsätzlich ist die betreibungsrechtliche Vollstreckung den Zivilgerichten entzogen. Dagegen werden ihnen gewisse Funktionen, welche sich im Verlaufe oder als Folge eines Verfahrens als nötig erweisen, vom Gesetzgeber zugeteilt. Nach Blumenstein [1]) fallen für die Tätigkeit der Gerichte vier Prozeßarten in Betracht:

a) Die Entscheidung materiellrechtlicher Streitigkeiten [2])

Es handelt sich um alle jene Streitigkeiten, bei denen zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner über die materiellrechtliche Zahlungspflicht ein Streit besteht. Diese Streitigkeiten entstehen allerdings im Gefolge eines Betreibungsverfahrens, sie nehmen aber, sobald sie einmal eingeleitet sind, einen durchaus selbständigen Verlauf. Das Urteil wirkt in solchen Fällen nicht nur für das Betreibungsverfahren, sondern das betreffende Rechtsverhältnis wird materiell und abschließend geregelt. Die Zuweisung solcher Streitigkeiten an die Zivilgerichte versteht sich deshalb von selbst, da den Betreibungs- und Konkursämtern, denen nur die Aufgabe der Vollstreckung obliegt, niemals die Kompetenz zur Entscheidung materiellrechtlicher Streitigkeiten zukommen kann. Solche Rechtsstreite wickeln sich vor den Gerichten nach den Regeln der kantonalen Zivilprozeßrechte ab [3]).

b) Die Entscheidung rein betreibungsrechtlicher Streitigkeiten formeller Natur

Diese Streitigkeiten bilden den direkten Gegensatz zu den soeben erwähnten. Bei ihnen spielt das materielle Zivilrecht keine Rolle; es handelt sich vielmehr um die Entscheidung rein verfahrensrechtlicher Fragen. Da sie einen unerläßlichen Bestandteil des Betreibungsverfahrens darstellen, ergibt sich bei ihnen die Zuständigkeit der Gerichte keineswegs von selbst. Weil es sich aber um besonders wichtige Entscheidungen handelt, legt sie das Gesetz aus Zweckmäßig-

---

[1]) Vgl. dazu Blumenstein § 10 S. 104 ff.

[2]) Vgl. z. B. die Art. 79 (Leistungsklage), 83 (Aberkennungsklage), 86 und 187 (Rückforderungsklage), 5 und 273 (Schadenersatzklagen) SchKG.

[3]) Vgl. dazu auch Fritzsche S. 27.

keitsgründen in die Hand eines Richters [4]). Aus der engen Verbindung des gerichtlichen Verfahrens mit der Betreibung ergibt sich auch die Aufstellung gewisser Verfahrensregeln durch den Bundesgesetzgeber im SchKG [5]).

c) Die Entscheidung formell betreibungsrechtlicher Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf materiellrechtliche Verhältnisse

Auch bei dieser Gruppe handelt es sich um Streitigkeiten, die sich nur auf das Verfahren beziehen. Ihre Entscheidung führt aber auf zivilrechtliche Verhältnisse zurück, zu denen notwendigerweise Stellung genommen werden muß und auf die mitunter ein tiefgreifender Einfluß ausgeübt wird. Dieser Einfluß ist aber vom Gesetzgeber nicht gewollt; er stellt sich als eine bloße Begleiterscheinung (Reflexwirkung) der betreibungsrechtlichen Entscheidung dar. Außerhalb eines Vollstreckungsverfahrens übt denn auch ein solcher Entscheid keine Wirkungen aus [6]).

d) Einseitige Verfügungen

Im Laufe eines Konkurses können einseitige Verfügungen notwendig werden. Auch sie haben rein betreibungsrechtlichen Charakter und äußern keinerlei Beziehungen zum materiellen Recht. Da sie aber für den Schuldner sehr einschneidende Maßnahmen darstellen, weist sie das Gesetz ebenfalls richterlichen Behörden zu [7]).

II. Das summarische Verfahren im Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren

1. Das SchKG verweist in Art. 25 Ziff. 2 alle richterlichen Entscheidungen über die Bewilligung, bzw. die Beseitigung von Rechtsvorschlägen und die zur Beurteilung gestellten Konkursbegehren in das summarische Verfahren. Im einzelnen betrifft es die folgenden Streitigkeiten:

---

[4]) Vgl. die Aufzählung der einzelnen Streitigkeiten unten.

[5]) Vgl. zu diesem Abschnitt auch Fritzsche S. 28 unter Ziff. b.

[6]) Vgl. dazu auch Fritzsche S. 28 unter Ziff. c.
Dazu gehören z. B. die folgenden Streitigkeiten: Art. 107 und 109 SchKG (Widerspruchsklage), Art. 148 und 250 SchKG (Kollokationsstreitigkeiten), Art. 111 SchKG (Privilegierte Anschlußpfändung), Art. 284 SchKG.

[7]) Vgl. die Aufzählung der Streitigkeiten unten.

a) Bewilligung eines verspäteten Rechtsvorschlages (Art. 77 SchKG).

b) Begehren um definitive und provisorische Rechtsöffnung (Art. 80 ff. SchKG).

c) Bewilligung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung (Art. 181 ff. SchKG).

d) Nach der Praxis auch Art. 85 SchKG:
Einstellung und Aufhebung der Betreibung bei Tilgung und Stundung.

e) Konkursbegehren bei der ordentlichen Konkursbetreibung (Art. 166 ff. SchKG).

f) Konkursbegehren bei der Wechselbetreibung (Art. 188/89 SchKG).

g) Konkursbegehren ohne vorgängige Betreibung (Art. 190 ff. SchKG).

h) Widerruf des Konkurses (Art. 195/96 SchKG) [8]).

Damit hat der Bundesgesetzgeber für diejenigen richterlichen Streitsachen, in denen die Exerquierbarkeit des Forderungstitels oder die Voraussetzungen der Konkurseröffnung zu beurteilen sind, das summarische Verfahren für ausreichend erklärt. Dieses Verfahren genügt, da es sich in diesen Fällen durchwegs um betreibungsrechtliche Verfahrensfragen handelt und nicht um eine abschließende Untersuchung und Beurteilung des der Betreibung zu Grunde liegenden Schuldverhältnisses [9]). Mit den Zwecken des Vollstreckungsverfahrens wäre die, wenn auch beschleunigte, Durchführung des ordentlichen Verfahrens nicht vereinbar, da damit eine materielle Konzentration der richterlichen Kognition und eine wesentliche Verkürzung des Prozesses nicht zu erreichen wären [10]).

2. Neben den oben angeführten Streitigkeiten bleibt es den Kantonen überlassen, das summarische Verfahren auf weitere SchKG-Sachen, die sich ihrer Natur nach zur Erledigung in diesem Verfahren eignen, auszudehnen. Von dieser Befugnis haben denn auch die meisten Kantone ausgiebigen Gebrauch gemacht, und es werden zur Hauptsache noch die folgenden Streitigkeiten in dieses Verfahren gewiesen [11]):

---

[8]) Vgl. dazu Blumenstein S. 118.
[9]) Siehe oben unter Ziffer I b und d.
[10]) Vgl. dazu: Matti S. 1111; Schurter-Fritzsche I S. 547; Thormann S. 41.
[11]) Vgl. dazu Guldener II S. 428/29.

a) Bewilligung von Arresten (Art. 271 ff. SchKG).

b) Einstellung des Konkursverfahrens (Art. 230 SchKG).

c) Anordnung des summarischen Konkursverfahrens (Art. 231 SchKG).

d) Schließung des Konkursverfahrens (Art. 268 SchKG).

e) Ausweisung von Mietern und Pächtern (Art. 282 SchKG).

f) Anordnung eines Güterverzeichnisses oder vorsorglicher Maßnahmen (Art. 162, 170, 183 SchKG).

3. Alle diese unter Ziffer 1 und 2 aufgeführten Streitigkeiten gehören den verschiedensten Kategorien an. Als einziges gemeinsames Merkmal, das sei hier noch einmal hervorgehoben, verbindet sie die Tatsache, daß durch sie kein zivilrechtlicher Endentscheid gefällt wird. Allen diesen Verfügungen kommt rein betreibungsrechtlicher Charakter zu; ihr Resultat hat Wirkung nur für das betreffende Vollstreckungsverfahren, während auf die Gestaltung materieller Rechtsverhältnisse kein Einfluß genommen wird. Die Entscheide dienen entweder der Fortsetzung und Überführung des Verfahrens in ein neues Stadium, der Eröffnung, Einstellung oder Schließung des Konkursverfahrens oder aber der Anordnung vorsorglicher Maßnahmen. Dementsprechend ist auch das Verfahren, je nachdem es sich um die Erledigung rein betreibungsrechtlicher Streitigkeiten, wie etwa im Rechtsöffnungsverfahren, oder um einseitige richterliche Verfügungen, wie etwa bei der Konkursbetreibung, handelt, verschieden ausgestaltet [12]).

III. Die Verfahrensvorschriften im SchKG

Das SchKG regelt das summarische Verfahren nicht abschließend. Es wird bei weitem kein vollständiges System für diese Prozeßart aufgestellt. Aus diesem Grunde bestimmt denn auch Art. 25 Ziff. 2 SchKG, daß die Kantone das summarische Verfahren festzustellen haben. Diese Bestimmung kann natürlich nur insoweit Geltung besitzen, als das SchKG nicht selber Verfahrensvorschriften aufgestellt hat. Im Gegensatz zum beschleunigten Verfahren begnügt sich der Bundesgesetzgeber nun aber keineswegs mit der Normierung einiger weniger, den äußern Gang des Verfahrens betreffenden Vorschrif-

---

[12]) Vgl. dazu: Blumenstein S. 106 ff.; Fritzsche S. 119; Sieben S. 37/38.

ten [13]). Vielmehr werden für die einzelnen Streitigkeiten eine ganze Reihe besonderer Vorschriften erlassen, die sich mit den Hauptgrundzügen des summarischen Verfahrens befassen. Betrachten wir deshalb im folgenden die einzelnen summarischen Verfahren des SchKG und die sie betreffenden besonderen Vorschriften.

1. Das Rechtsöffnungsverfahren

Um auf die heutige Bedeutung des Rechtsöffnungsverfahrens hinzuweisen, sei einleitend Jäger zitiert [14]):

«Wenn die Rechtsöffnung theoretisch auch nur vollstreckungsrechtliche Wirkungen hat, so führt sie doch in ihren praktischen Wirkungen in sehr vielen Fällen zu einer endgültigen materiellen Erledigung von Streitfällen in einem raschen und billigen Verfahren und macht die Durchführung eines schwerfälligen Prozesses überflüssig. Von allen Bestimmungen des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes sind es diejenigen über die Rechtsöffnung, die in der Praxis die größte Rolle spielen.»

Grundsätzlich strebt auch das Betreibungsrecht die Herbeiführung rascher Entscheidungen an. Aber auch hier bewirkt die grundlegende Forderung nach gründlicher richterlicher Prüfung der zur Vollstreckung angemeldeten Ansprüche oft eine namhafte Verzögerung. So kann der Schuldner durch Erhebung des Rechtsvorschlages die Einstellung der Betreibung bewirken (Art. 78 SchKG). In der Regel wird dadurch der betreffende Gläubiger auf den ordentlichen Prozeßweg verwiesen (Art. 79 SchKG). Damit wird einerseits verhindert, daß ein nicht gerechtfertigter Anspruch vollstreckt werden kann, anderseits aber entsteht die Gefahr einer wesentlichen Hemmung des Vollstreckungsverfahrens ohne stichhaltige Gründe seitens des Schuldners [15]).

Um einer solch ungerechtfertigten Verzögerung zu begegnen, hat deshalb der Gesetzgeber für jene Gläubiger, die im Besitze eines Rechtsöffnungstitels sind, ein summarisches Rechtsöffnungsverfahren eingeführt (Art. 80 I SchKG). Da als solche Titel nur vollstreckbare gerichtliche Urteile oder diesen gleichgestellte prozessuale Akte (Art.

---

[13]) Vgl. Art. 25 Ziff. 1 SchKG, der für das beschleunigte Verfahren kurz bemessene Termine und eine Erledigung innert 6 Monaten vorschreibt, was allerdings bloß auf dem Papier steht und sozusagen nirgends beachtet wird (Jäger N. 3 zu Art. 25 SchKG).

[14]) Jäger im Geleitwort zu Panchaud und Caprez, abgedruckt bei Fritzsche S. 116.

[15]) Vgl. dazu: Blumenstein S. 260; Fritzsche S. 115/16.

80 II SchKG) und aus Zweckmäßigkeitsgründen auch öffentliche Urkunden oder durch Unterschrift bestätigte Schuldanerkennungen (Art. 82 SchKG) in Frage kommen, wird eine gewisse Gewähr dafür geboten, daß ungerechtfertigte Vollstreckungen verhindert werden[16]). Anderseits wird dadurch aber auch eine rasche Erledigung dieser Ansprüche ermöglicht [17]).

Der Richter, bei dem das Begehren um Rechtsöffnung anhängig gemacht worden ist, entscheidet nicht über den Anspruch als solchen, sondern nur über dessen Vollstreckbarkeit im betreffenden Betreibungsverfahren [18]). Die richterliche Prüfung erstreckt sich, wie das für ein summarisches Verfahren typisch ist, nur auf ganz bestimmte Anspruchsvoraussetzungen, nämlich auf das Vorliegen eines gültigen Rechtsöffnungstitels [19]). Es liegt in der Natur der Sache, daß der Beweis dafür vom Gläubiger nur durch Urkunden erbracht werden kann. Mißlingt der Nachweis, so hat der Rechtsöffnungsrichter, der das Vorliegen eines gültigen Titels von Amtes wegen prüft, das Gesuch abzulehnen [20]).

Auch das Verteidigungsrecht wird eingeschränkt, indem dem Schuldner nur ganz bestimmte materielle Einreden zugestanden werden [21]). Außerdem sind diese je nach der Art des Titels, auf welchen sich das Begehren des Gläubigers stützt, verschieden (Art. 81 SchKG). Der Schuldner hat in der Regel vollen Beweis, der ihm in manchen Fällen sogar nur mittels Urkunden gelingen wird (Art. 81 I und 182 Ziff. 1 SchKG), zu erbringen. Beim Gesuch um provisorische Rechtsöffnung genügt es aber, wenn der Schuldner seine Einwendungen glaubhaft macht (Art. 82 II SchKG). Sofern das SchKG oder das kantonale Recht keine Einschränkungen enthalten, dürfen die Parteien alle Beweismittel, die sie sofort oder doch innert 5 Tagen vorlegen können, vorbringen [22]).

Zu diesen Vorschriften, die das Rechtsöffnungsverfahren eindeu-

[16]) Als definitiver Rechtsöffnungstitel ist von der aargauischen Rechtssprechung auch ein vom Regierungsrat in seiner Zuständigkeit erlassener Verwaltungsentscheid zugelassen worden (AGVE 50 Nr. 20 S. 78).
Das gleiche gilt auch für Entscheide der kantonalen Preiskontrollstelle (AGVE 50 Nr. 21 S. 80).
Vgl. auch AGVE 52 Nr. 15 S. 94 betr. provisorischer Rechtsöffnungstitel.

[17]) Vgl. dazu: Blumenstein S. 261; Sieben S. 39.

[18]) Jäger N. 7 zu Art. 80 SchKG.

[19]) Matti S. 1111 Ziff. 2 a.

[20]) Blumenstein S. 283/84; Jäger N. 2 zu Art. 81 SchKG.

[21]) Matti S. 1111 Ziff. 2 b: «Die prozessualen Einwendungen betreffend die Prozeßvoraussetzungen werden dagegen vom SchKG nicht eingeschränkt.»

[22]) Vgl. Jäger N. 1 zu Art. 84 SchKG.

tig als summarisches kennzeichnen, kommt noch eine rein formelle Beschleunigung. So schreibt Art. 84 SchKG dem Richter vor, die Entscheidung binnen 5 Tagen seit Anbringung des Begehrens zu fällen.

2. Die richterliche Aufhebung oder Einstellung der Betreibung

Eine Aufhebung oder Einstellung der Betreibung darf nur dann erfolgen, wenn Tilgung oder Stundung der Schuld bewiesen werden kann (Art. 85 SchKG). Ein entsprechendes Gesuch des Schuldners wird allerdings nur dann von Erfolg gekrönt sein, wenn noch keine Verteilung stattgefunden hat [23]). Der Beweis, und zwar voller Beweis, kann nur durch Urkunden erbracht werden (Art. 85 SchKG).

Auch hier können wir eine typische Beschränkung der richterlichen Prüfung auf die wichtigsten Anspruchsvoraussetzungen (Tilgung und Stundung) feststellen, die dieses Verfahren unzweifelhaft zu einem summarischen stempelt. Andere als die im Art. 85 SchKG erwähnten Gründe können nicht in diesem summarischen Verfahren geltend gemacht werden. Als letzte Möglichkeit bleibt dem Schuldner dann immerhin noch die betreibungsrechtliche Rückforderungsklage, die aber auf dem ordentlichen Wege geltend gemacht werden muß [24]).

3. Die Behandlung eines nachträglichen Rechtsvorschlages

Ein nachträglicher Rechtsvorschlag wird vom Gesetz nur dann zugelassen, wenn der Betriebene ohne seine Schuld verhindert war, innert gesetzlicher Frist Recht vorzuschlagen, und wenn es noch nicht zur Verwertung der gepfändeten Gegenstände oder zur Konkurseröffnung gekommen ist (Art. 77 I SchKG).

Gleichzeitig mit der Erhebung des nachträglichen Rechtsvorschlages sind beim Richter die Beweismittel einzulegen. Eine Beschränkung auf ganz bestimmte Beweismittel sieht das SchKG nicht vor, so daß vor allem auch der Zeugenbeweis zugelassen sein dürfte [25]). Hingegen sind alle jene Beweismittel ausgeschlossen, die nicht innerhalb der Frist von drei Tagen seit Wegfall des Verhinderungsgrundes vorgebracht werden können [26]).

Insbesondere besteht kein Grund, zum voraus die Zeugeneinvernahmen auszuschließen (ZbJV 34 S. 349; OJB 1893/94 S. 63).

[23]) Vgl. dazu: Jäger N. 7 zu Art. 85 SchKG; Sieben S. 40.

[24]) Vgl. dazu: Blumenstein S. 318 ff.; Fritzsche S. 137 ff.

[25]) Jäger N. 12 zu Art. 77 SchKG.

[26]) Vgl. dazu Matti S. 1111 Ziff. 2 e.

Nach Eingang des Gesuches kann der Richter sofort die vorläufige Einstellung der Betreibung verfügen (Art. 77 II SchKG). Der endgültige Entscheid erfolgt jedoch erst nach der Verhandlung im summarischen Verfahren, wobei sich die richterliche Prüfung darauf zu beschränken hat, ob ein genügender Grund für die Bewilligung des nachträglichen Rechtsvorschlages vorliegt.

4. Der Rechtsvorschlag in der Wechselbetreibung

Dieser Rechtsvorschlag ist beim Betreibungsamte einzulegen (Art. 178 Ziff. 3 SchKG). Aber nach der bundesgerichtlichen Praxis gilt auch ein Rechtsvorschlag, der am letzten Tag der Frist statt an das Betreibungsamt an den zur Bewilligung zuständigen Richter aufgegeben worden ist, als rechtzeitig, wenn der Richter ihn unverzüglich dem Betreibungsamt überweist [27]). Das Betreibungsamt muß den Rechtsvorschlag sofort an das Gericht weiterleiten (Art. 181 SchKG). Dieses bewilligt denselben nur dann, wenn ganz bestimmte Gründe vorliegen (Art. 182 SchKG). Damit ist auch in diesem Verfahren eine Beschränkung des Prozeßstoffes vorgenommen worden, welche für ein summarisches Verfahren typisch ist.

Die an den Beweis gestellten Anforderungen gestalten sich verschieden, je nach den in Art. 182 SchKG aufgezählten Gründen. So verlangt Ziffer 1 vollen Beweis durch Urkunden, während Ziffer 2, 3 und 4 bloßes Glaubhaftmachen genügen lassen. Über die Bewilligung des Rechtsvorschlages entscheidet das Gericht binnen 5 Tagen (Art. 181 SchKG). Der Entscheid wird den Parteien sofort mitgeteilt (Art. 184 I SchKG). Wird der Rechtsvorschlag bewilligt, so wird die Betreibung eingestellt und der Gläubiger zur Geltendmachung seines Anspruches auf den ordentlichen Prozeßweg verwiesen (Art. 186 SchKG).

5. Die Konkursbegehren

a) In der ordentlichen Konkursbetreibung

Das Begehren um Konkurseröffnung ist durch den Gläubiger beim Konkursgericht zu stellen (Art. 166 I SchKG). Die gerichtliche Verhandlung wird den Parteien angezeigt, doch steht es denselben frei zu erscheinen (Art. 168 SchKG). Der Entscheid darf auch in ihrer Abwesenheit getroffen werden (Art. 171 SchKG).

Die Entscheidungsgrundlagen sind in diesem Verfahren rein betreibungsrechtlicher Natur (vgl. Art. 166 I SchKG). Der Schuldner

[27]) BGE 73 III 38 Nr. 8.

wir nur mit Einreden gehört, die er sofort beweisen kann, da das Gericht seinen Entscheid ohne Aufschub trifft [28]). Die Abweisung des Begehrens erfolgt jedoch nur beim Vorliegen ganz bestimmter Einreden (Art. 172 SchKG). Auch sie gehören, abgesehen vom Beweis der Tilgung oder Stundung der Schuld durch Urkunden, dem Betreibungsrechte an. Ob ein betreibungsrechtlicher Abweisungsgrund vorliegt, ist vom Gerichte von Amtes wegen zu prüfen [29]). In einigen Fällen verfügt das Gericht auch die Aussetzung des Konkurserkenntnisses (Art. 173 SchKG).

b) In der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung

Das SchKG enthält hier nur für den Fall, daß der Gläubiger die Konkurseröffnung verlangt, besondere Bestimmungen. Der Gläubiger hat bei der Stellung des Konkursbegehrens den Bestand des Schuldverhältnisses wenigstens glaubhaft zu machen [30]). Das Begehren selber kann nur auf ganz bestimmte, den materiellen Konkursgrund bildende Tatsachen gestützt werden. Diese Gründe, die dem Richter wenigstens glaubhaft gemacht werden müssen, zählt das Gesetz abschließend auf (Art. 190 Ziff. 1—3 SchKG) [31]). Sofern der Schuldner in der Schweiz wohnt oder daselbst einen Vertreter hat, muß er vorgeladen werden; er wird aber nur mit sofort liquidierlichen Einreden gehört [32]).

c) In der Wechselbetreibung

Dieses Verfahren gestaltet sich beinahe gleich wie dasjenige bei der ordentlichen Konkursbetreibung. Das Gericht spricht hier aber die Konkurseröffnung innert 3 Tagen seit Anbringung des Begehrens ohne Parteiverhandlung aus (Art. 189 SchKG). Abweisungsgründe stellt das SchKG keine auf. Der Richter prüft lediglich, ob die in Art. 188 SchKG aufgezählten Voraussetzungen erfüllt sind. Da dazu jedoch auch die Forderungsurkunde gehört, ist anzunehmen, daß die Einrede der Tilgung oder Stundung zugelassen werden muß, weil in einem solchen Falle die Voraussetzungen der Konkurseröffnung nicht

---

[28]) Jäger N. 2 zu Art. 171 SchKG.
[29]) Jäger N. 1 zu Art. 172 SchKG.
[30]) Blumenstein S. 601/02; Jäger N. 2 zu Art. 190 SchKG.
[31]) Blumenstein S. 602 Ziff. bb.
[32]) Ob vor Gericht eine kontradiktorische Verhandlung stattfindet, ist in der Literatur umstritten (dafür: Jäger N. 1 zu Art. 194 SchKG; dagegen: Blumenstein S. 603).

mehr gegeben wären. Der Beweis ist dabei, analog zu Art. 172 Ziff. 3 SchKG, durch Urkunden zu erbringen [33]).

6. Das Arrestverfahren

Vom Gesetz wird der Arrest an ganz bestimmte Voraussetzungen geknüpft (Art. 271 Ziff. 1—5 SchKG), deren Aufzählung, obwohl noch viele andere Gründe denkbar wären, abschließend ist [34]).

Um eine Arrestlegung zu erwirken, hat der Gläubiger ein Gesuch vorzulegen. Der Arrest wird bewilligt, «sofern der Gläubiger seine Forderung und das Vorliegen eines Arrestgrundes glaubhaft macht» (Art. 272 SchKG). Eine Parteiverhandlung oder auch nur Einvernahme des Schuldners findet nicht statt. Dieser wird mit seinen Einreden in den Prozeß nach Art. 279 SchKG (Arrestaufhebungsklage) verwiesen, der im beschleunigten Verfahren zur Durchführung gelangt (Art. 279 II SchKG).

7. Die Ausweisung von Mietern und Pächtern

Bei der Betreibung von Miet- und Pachtzinsforderungen kann der Gläubiger mit dem Erlasse des Zahlungsbefehls eine Ausweisungsandrohung verbinden lassen (Art. 282 I SchKG).

Die Kantone haben das Recht, die für die Exmission zuständige Stelle und das dabei anzuwendende Verfahren zu bestimmen. Wenn aber die Fristbestimmungen der Art. 265 und 293 OR nicht illusorisch werden sollen, haben sie bei der Wahl des Verfahrens darauf Bedacht zu nehmen, daß ein exerquierbarer Entscheid so schnell als möglich getroffen werden kann [35]).

Erhebt der Schuldner Rechtsvorschlag, so kann er damit nicht nur seine Zahlungspflicht, sondern auch das Recht zur Ausweisung bestreiten. Damit nun aber die Exmission nicht ungebührlich verzögert wird [36]), hat die zuständige Stelle summarisch auch über die Einreden gegen die Schuldpflicht zu entscheiden. Dabei muß aber der Schuldner ebenfalls zum Worte kommen, wenn er auch nur mit sofort beweisbaren Einreden gehört werden wird. Dieser Entscheid gehört deshalb in die Hand eines Richters und nicht etwa, wie das

---

[33]) Blumenstein S. 593; Jäger N. 4 zu Art. 189 SchKG.
[34]) Jäger N. 7 zu Art. 271 SchKG.
[35]) Jäger N. 6 zu Art. 282 SchKG.
[36]) Streng genommen könnte die Ausweisung erst dann erfolgen, wenn die Forderung ganz oder teilweise anerkannt oder geschützt worden ist.

in einigen Kantonen der Fall ist, in die Hand eines Betreibungsbeamten [37]).

8. Der Konkurswiderruf

Dieses Verfahren findet immer nur auf Antrag hin statt. Antragsberechtigt ist einmal der Schuldner, sofern er eine schriftliche Erklärung der Gläubiger beibringen kann, daß diese ihre Konkurseingaben zurückziehen (Art. 195 I SchKG). Nach Jäger [38]) ist aber auch Verzicht der Gläubiger auf Befriedigung im Konkurs oder Tilgung der Forderung denkbar, wobei der Schuldner den Beweis dafür zu erbringen hat. Ist jedoch ein Nachlaßvertrag zustande gekommen, so hat die Konkursverwaltung von Amtes wegen beim Konkursgericht den Widerruf zu beantragen (Art. 317 III SchKG). Ein Parteiverfahren sieht das SchKG nicht vor. Der Widerruf wird ausgesprochen, sobald der Antrag gestellt und der erforderliche Nachweis erbracht ist [39]). Nach der neuen bundesgerichtlichen Praxis läßt der Widerruf des Konkurses die bei der Konkurseröffnung hängig gewesenen, durch sie aufgehobenen Betreibungen (Art. 206 SchKG) nicht wieder aufleben [40]).

Hier wird wenigstens im Falle des Zustandekommens eines Nachlaßvertrages eine reine Administrativverfügung getroffen, die mit dem Zivilprozeß nichts mehr zu tun hat. Es erscheint deshalb als fraglich, ob man dieses Verfahren als summarisches bezeichnen darf.

9. Administrativverfügungen

Es handelt sich hier um die folgenden drei Verfahren:

Einstellung des Verfahrens mangels Konkursvermögen (Art. 230 SchKG) [41]).

---

[37]) Vgl. für den Kanton Aargau Art. 8 und 9 EGOR. Nach Art. 9 EGOR ist im Falle des Rechstvorschlages der Gerichtspräsident im Befehlsverfahren zuständig.

[38]) N. 4 zu Art. 195 SchKG.

[39]) Blumenstein S. 612/13.

[40]) BGE 75 III 65 Nr. 17 (Praxisänderung).
Nach der früheren Praxis lebten beim Konkurswiderruf die aufgehobenen Betreibungen wieder auf (BGE 40 III 344, 42 III 119).

[41]) Bei der Einstellung und Schließung des Konkurses mangels Aktiven können die früheren Betreibungen nicht fortgesetzt werden (BGE 75 III 70 Nr. 18). In bestimmten Fällen sind jedoch Ausnahmen anerkannt worden: Betreibung auf Pfandverwertung (BGE 27 I 373, 32 I 369), Lohnpfändungen (BGE 35 I 215), Pfändung eines infolge Anfechtungsklage zurückgewährten Vermögenswertes (BGE 51 III 217). Ob es bei diesen einzelnen Ausnahmen bleibt, darüber spricht sich das Bundesgericht in seinem neuen Entscheid nicht aus.

Anordnung des summarischen Konkursverfahrens (Art. 231 SchKG).

Schließung des Konkursverfahrens (Art. 268 SchKG).

In allen drei Fällen spricht das Konkursgericht seinen Entscheid von Amtes wegen aus. Eine Parteiverhandlung findet nicht statt. Gläubiger und Schuldner bleiben vollständig außerhalb des Verfahrens, während das Konkursamt und die Konkursverwaltung nur die Rolle des Antragsstellers spielen, ohne je Gefahr zu laufen, durch den Entscheid beschwert zu werden. «Hier wird nur noch die Schale des Zivilprozesses verwendet. In Wirklichkeit handelt es sich überhaupt nicht um ein dem Zivilprozeß verwandtes Institut; vielmehr haben wir es einzig mit einer amtlichen Kontrolle zu tun, wobei der Gesetzgeber ausgerechnet den Richter zum Kontrolleur gemacht hat.» [42]).

IV. Die Befugnis der Kantone zum weiteren Ausbau des summarischen Verfahrens

Aus den einzelnen Prozeßbestimmungen, die das SchKG für die einzelnen Streitigkeiten aufgestellt hat, läßt sich, wie wir gesehen haben, kein einheitlicher Begriff für das summarische Verfahren ableiten, wie das für das gemeine Recht der Fall gewesen ist [43]). Das SchKG befaßt sich, wie dargelegt worden ist, mit den Hauptgrundzügen des summarischen Verfahrens; auf eine abschließende Regelung hat es aber verzichtet. Es liegt deshalb an den Kantonen, das Verfahren, insbesondere den rein formellen Prozeßgang, noch weiter auszubauen. Die im SchKG vorgeschriebenen Bestimmungen und der summarische Charakter des Verfahrens müssen dabei aber unbedingt gewahrt werden [44]).

Die meisten Kantone ordnen das summarische Verfahren eingehend, ausführlicher jedenfalls als das beschleunigte Verfahren. Der Kanton Aargau macht darin aber eine Ausnahme, indem das Gesetz, abgesehen von einigen besonderen Bestimmungen im § 318 ZPO, kurzerhand auf das beschleunigte Verfahren verweist (§ 318 I ZPO) [45]).

---

[42]) Sieben S. 41.

[43]) Blumenstein S. 119.

[44]) Vgl. dazu: Fritzsche S. 118; Jäger N. 4 zu Art. 25 SchKG; Schurter-Fritzsche I S. 547/48.

[45]) Thormann S. 41/42.

Das von den Kantonen festgelegte Prozeßverfahren unterliegt der Genehmigung des Bundesrates (Art. 29 SchKG). Diese Prüfung beschränkt sich allerdings auf die Untersuchung, ob die in den verschiedenen Artikeln des BG über Schuldbetreibung und Konkurs aufgestellten Grundsätze respektiert worden sind [46]).

§ 6 Das Anwendungsgebiet im aargauischen Recht

I. Schuldbetreibungssachen

Der aargauische Gesetzgeber hat im EGSchKG §§ 18—22, revidiert durch § 24 EGOR, die folgenden Schuldbetreibungssachen ins summarische Verfahren gewiesen:

1. Das summarische Verfahren vor dem Gerichtspräsidenten (§ 18 EGSchKG)

a) Zulassung eines verspäteten Rechtsvorschlages (Art. 77 SchKG).
b) Rechtsöffnungsbegehren (Art. 80—84, Art. 278 II SchKG).
c) Begehren um Aufhebung oder Einstellung der Betreibung (Art. 85 SchKG).
d) Zulassung eines Rechtsvorschlages bei der Wechselbetreibung (Art. 181—184 SchKG).
e) Begehren um Bewilligung von Arresten (Art. 271—281 SchKG).

2. Das summarische Verfahren vor dem Bezirksgericht (§ 19 EGSchKG)

a) Konkursbegehren nach durchgeführter ordentlicher Betreibung (Art. 166 ff. SchKG).
b) Konkursbegehren nach durchgeführter Wechselbetreibung (Art. 188/89 SchKG).
c) Konkursbegehren ohne vorgängige Betreibung (Art. 190—192, Art. 309 SchKG).
d) Anordnung der Liquidation einer ausgeschlagenen Verlassenschaft (Art. 193 SchKG).
e) Widerruf des Konkurses (Art. 195, Art. 317 III SchKG).
f) Einstellung einer eröffneten Verlassenschaftsliquidation (Art. 196 SchKG).

---

[46]) Jäger N. 1 zu Art. 25 SchKG.

g) Einstellung des Konkursverfahrens (Art. 230 SchKG).
h) Anordnung des summarischen Konkursverfahrens (Art. 231 SchKG).
i) Entscheid über die Frage, ob ein Konkursit wieder zu neuem Vermögen gekommen sei (Art. 265 SchKG).
k) Schluß des Konkursverfahrens (Art. 270 SchKG).
l) Anordnung des Güterverzeichnisses und Anordnung vorsorglicher Maßnahmen (Art. 162 und Art. 170 SchKG).

3. Der aargauische Gesetzgeber hat sich also, wie wir sehen, bei der Anwendung des summarischen Verfahrens nicht auf die in Art. 25 Ziff. 2 SchKG aufgezählten Streitigkeiten beschränkt, sondern er hat es noch auf weitere Schuldbetreibungssachen ausgedehnt, die sich ihrer Natur nach zur Erledigung in diesem Verfahren eignen.

Die durch § 19 lit. i EGSchKG erfolgte Einteilung der Frage, ob ein Konkursit wieder zu neuem Vermögen gekommen sei, in das summarische Verfahren, erweist sich allerdings als bundesrechtswidrig, da das SchKG in Art. 265 III diesen Fall ausdrücklich in das beschleunigte Verfahren verweist. Diese Einteilung beruht jedoch offensichtlich auf einem Irrtum. Die aargauische Praxis hält sich denn auch an die bundesrechtliche Vorschrift und behandelt diesen Tatbestand im beschleunigten Verfahren [1]).

Die Einrede des mangelnden neuen Vermögens, die nach der Praxis durch Rechtsvorschlag zu erfolgen hat [2]), kann deshalb nicht im Rechtsöffnungsprozeß entschieden werden, da es sich bei diesem Verfahren um ein summarisches handelt. Erhebt der Schuldner diese Einrede, so muß die Betreibung eingestellt werden, und die Rechtsöffnung kann erst dann gewährt werden, wenn der Gläubiger einen positiven richterlichen Entscheid (gemäß Art. 265 III SchKG) beizubringen in der Lage ist [3]).

4. Die Ausweisung von Mietern und Pächtern (Art. 282 SchKG)

Vor Inkrafttreten der neuen aargauischen ZPO von 1900 hatte die Ausweisung von Mietern und Pächtern gemäß § 18 lit. b EGSchKG

[1]) Aargauisches Obergericht: Urteil i. S. Staat Aargau ca. K vom 15. Juli 1943. Vgl. auch Matti S. 1112.
[2]) Vgl. dazu: Jäger N. 12 zu Art. 69 SchKG und N. 8 zu Art. 265 SchKG; BGE 25 I 39, 34 I 185, 35 I 804; AGVE 48 33 Nr. 9.
[3]) BGE 77 III 125 Nr. 32.
Jäger N. 10 zu Art. 82 SchKG und N. 10 zu Art. 265 SchKG; Blumenstein S. 817/19.

durch den Gerichtspräsidenten im summarischen Verfahren zu erfolgen. Diese Bestimmung ist aber durch die §§ 395 lit. d und 377 ZPO aufgehoben worden. Die Ausweisung erfolgt nun durch das Bezirksamt im Vollstreckungsverfahren. Wird aber Rechtsvorschlag erhoben oder wird eine Kündigung, die nicht durch das Betreibungsamt erfolgt ist, bestritten, so entscheidet darüber der Gerichtspräsident im Befehlsverfahren. Es erübrigt sich, näher auf die im einzelnen komplizierte Regelung einzutreten, es sei aber auf die ausführlichen Darlegungen bei Keller-Pfisterer und bei Eichenberger hingewiesen [4]).

5. Das Nachlaßvertragsverfahren (Art. 293 ff. SchKG)

Nach § 21 EGSchKG unterliegt auch das Nachlaßvertragsverfahren in erster Instanz der Zuständigkeit des Gerichtspräsidenten. Die frühere Gerichtspraxis [5]), nach welcher dieses Verfahren im Summarium durchgeführt werden mußte, ist aufgehoben worden [6]). Das Nachlaßvertragsverfahren ist deshalb nicht mehr in ein besonderes Verfahren der ZPO gewiesen.

II. Zivilprozeßrecht

Durch das aargauische Zivilprozeßrecht wird das summarische Verfahren nur in einem einzigen Falle für anwendbar erklärt. Es handelt sich um den im § 267 ZPO angeführten Entscheid des Gerichtspräsidenten über den Rechtsvorschlag gegen ein Verbot.

III. Die Zuständigkeit

1. Die sachliche Zuständigkeit

Durch das SchKG wird in Art. 22 die Bestimmung der sachlich zuständigen Gerichtsbehörden, die im Zwangsvollstreckungsverfahren mitwirken sollen, den Kantonen überlassen. Diese dürfen entweder Einzelrichter, Gerichte oder auch Ausschüsse von solchen für zuständig erklären (Art. 22 II SchKG). Damit sind die Kantone vom Bundesgesetzgeber ausdrücklich auch auf die Verwendung von

---

[4]) Keller-Pfisterer N. 3 p zu § 245.
Eichenberger S. 212 ff.
Vgl. auch §§ 8 und 9 EGOR.

[5]) VJS 35 29.

Einzelrichtern aufmerksam gemacht worden. Von diesem Recht haben denn auch alle Kantone ausgiebigen Gebrauch gemacht, was jedoch, wie Engeler [7] ausführt, in erster Linie darauf zurückzuführen sein mag, daß auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung ein billiges Verfahren wünschbar ist, da die Gläubiger, welche in vielen Fällen ohnehin schon Verluste erleiden, nicht noch mehr durch hohe Gerichtskosten geschädigt werden sollen.

Im Vergleich zu Kollegialgerichten eignet sich das Institut des Einzelrichters naturgemäß ausgezeichnet, einmal zu einer weitgehenden Herabsetzung der Prozeßkosten, dann aber auch zu einer bedeutenden Verkürzung der Prozeßdauer. Es leuchtet deshalb ohne weiteres ein, daß für ein Verfahren, das wie vor allem das summarische Verfahren rasch und billig funktionieren sollte, ein Kollegialgericht weit weniger geeignet erscheint als der Einzelrichter. Von diesen Erwägungen hat sich wohl auch der Gesetzgeber in den Kantonen Bern und Zürich leiten lassen, werden dort doch alle Streitigkeiten, die im summarischen Verfahren zur Durchführung gelangen, in die sachliche Zuständigkeit des Einzelrichters gestellt [8]. Grundsätzlich scheint sich auch der aargauische Gesetzgeber zu einer solchen Regelung bekannt zu haben, fallen doch die Verfügungen im Befehls- und Verbotsverfahren, also in zwei Verfahren, die sich ihrer Natur nach auch als summarische qualifizieren lassen, in die sachliche Zuständigkeit des Gerichtspräsidenten als Einzelrichter [9]. Ausgerechnet im summarischen Verfahren wird nun aber von dieser Regelung abgewichen.

Im Gegensatz zum beschleunigten Verfahren, das sich nur vor dem Bezirksgericht abspielt, kennt das aargauische Recht kein einheitliches summarisches Verfahren in erster Instanz. Wie wir bereits gesehen haben, spielt sich das summarische Verfahren teilweise vor Bezirksgericht, teilweise aber auch vor dem Gerichtspräsidenten als Einzelrichter ab.

So fallen die rein betreibungsrechtlichen Streitigkeiten formeller Natur (§ 18 EGSchKG) sowie der Entscheid über den Rechtsvorschlag gegen ein Verbot (§ 267 ZPO) in die sachliche Zuständigkeit

---

[6]) KS in VJS 4391 B lit. b.

[7]) Engeler S. 66.
Vgl. auch die Tabelle über die Verwendung des Einzelrichters auf dem Gebiete des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes (S. 73).

[8]) Bern. ZPO Art. 2 Ziff. 5; zürch. ZPO § 277.

[9]) Vgl. die §§ 246 (für das Befehlsverfahren) und 258 ZPO (für das Verbotsverfahren).

des Gerichtspräsidenten. Die einseitigen richterlichen Verfügungen im Schuldbetreibungsverfahren (§ 19 EGSchKG) werden dagegen dem Bezirksgerichte zur Entscheidung überlassen. Warum gerade diese Kategorie der sachlichen Zuständigkeit des Gerichtspräsidenten entzogen worden ist, ist nicht ganz ersichtlich. Vielleicht hat sich der aargauische Gesetzgeber von der Überlegung leiten lassen, daß es sich bei diesen Maßnahmen in der Mehrzahl um Verfügungen handelt, die tief in die wirtschaftliche Situation des Schuldners eingreifen. Meines Erachtens hätten aber auch diese einseitigen Verfügungen ohne weiteres dem Gerichtspräsidenten zur Entscheidung zugewiesen werden können, wie das auch in den Kantonen Bern und Zürich gemacht worden ist, und zwar umso eher, als auch der Gerichtspräsident als Einzelrichter genügend Gewähr für ein tatsachen- und rechtskonformes Urteil bietet. Neben den bereits erwähnten Vorteilen einer solchen Regelung hätte man damit auch eine Vereinheitlichung des summarischen Verfahrens erreichen können.

2. Die örtliche Zuständigkeit

Durch die Regeln über die örtliche Zuständigkeit sollen die Prozeßsachen erster Instanz unter die sachlich zuständigen Gerichte verschiedener Gerichtsbezirke verteilt werden [10]).

a) In den betreibungsrechtlichen Fällen

Über die örtliche Zuständigkeit enthält das SchKG keine Bestimmungen. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Regelung der örtlichen Zuständigkeit den kantonalen Zivilprozessen überlassen werden wollte.

aa) Gemäß Art. 64 BV ist die Rechtssprechung und damit auch die Festsetzung prozeßrechtlicher Normen den Kantonen überlassen. Darunter fallen selbstverständlich auch Gerichtsstandsnormen für Streitigkeiten, zu deren Entscheidung Bundesrecht maßgebend ist. Es würde deshalb einer ausdrücklichen Bestimmung bedürfen, um die Annahme zu rechtfertigen, der Bundesgesetzgeber habe den Gerichtsstand festlegen wollen. Dies verhält sich namentlich auch in jenen Fällen so, wo der Streit über materielle Rechtsverhältnisse in Beziehung zum eidgenössisch geregelten SchKG tritt. Denn der Umstand, daß der Ausgang dieses Streites in irgend einer Weise das Exekutionsverfahren beeinflußt, ändert nichts an dessen selbständigem

[10]) Vgl. dazu Matti S. 1048.

Charakter. Das SchKG enthält nun aber keine besondere diesbezügliche Vorschriften, so daß es wenigstens für die materiellrechtlichen Streitigkeiten bei den kantonalen Gerichtsstandsvorschriften bleibt [11]).

bb) Anders verhält es sich hingegen dann, wenn es sich um Streitigkeiten handelt, die wie etwa der Rechtsvorschlag in der Wechselbetreibung, der Rechtsöffnungsentscheid, der Entscheid über die Konkurseröffnung u. a. m. einen eigentlichen Bestandteil der Betreibung bilden. Die Bestimmung des Gerichtsstandes ist in diesen Fällen deshalb grundsätzlich nicht als Angelegenheit des kantonalen, sondern als solche des eidgenössischen Rechts anzusehen. Nur so kann eine einheitliche Lösung in der ganzen Schweiz erreicht werden. Welcher Richter hier zuständig sein soll, muß sich auf dem Wege der Auslegung aus dem SchKG ergeben; eine andere Rechtsquelle kommt nicht in Frage. Durch die bundesgerichtliche Praxis ist der Gerichtsstand des Betreibungsortes als maßgebend erklärt worden, eine Lösung, die sich aus Zweckmäßigkeitsgründen und dem innern Zusammenhang jener Verfügungen mit dem Betreibungsverfahren aufdrängen mußte [12]).

In allen betreibungsrechtlichen Fällen, die durch das kantonale Recht in das summarische Verfahren gewiesen werden, handelt es sich ausschließlich um Streitigkeiten und Verfügungen, denen rein vollstreckungsrechtlicher Charakter zukommt. Die kantonalen Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit können deshalb in allen betreibungsrechtlichen Fällen nicht zur Anwendung kommen. Örtlich zuständig ist immer der Richter des Betreibungs- und Konkursortes. Für einen Schuldner, der weder Wohnsitz noch Aufenthaltsort besitzt, der sich aber noch in der Schweiz befindet und den Zustellungen erreichen können, bleibt der frühere Betreibungsort am letzten Wohnsitz oder Aufenthaltsort bestehen, solange nicht wenigstens ein neuer Aufenthaltsort begründet worden ist [13]).

b) Beim Rechtsvorschlag gegen ein Verbot

Beim Rechtsvorschlag gegen ein Verbot ist gemäß den §§ 258 und 12 lit. a ZPO der Gerichtspräsident am Orte der gelegenen Sache zuständig.

---

[11]) Vgl. dazu: BGE 25 I 37 Erw. 2 und VJS 14 20.
[12]) Vgl. dazu: Fritzsche S. 112; Schurter-Fritzsche I S. 471; BGE 25 I 37/39.
[13]) BGE 72 III 38 Nr. 12.

§ 7 Die Anwendung allgemeiner Vorschriften auf das summarische Verfahren

I. Allgemeines

§ 318 ZPO bestimmt in seinem ersten Absatz: «Für das summarische Verfahren gelten die Vorschriften über das beschleunigte Verfahren, soweit die folgenden Bestimmungen nichts anderes vorschreiben.»

Besondere Bestimmungen für das summarische Verfahren werden vom Gesetz aber nur in Absatz II—VI des Paragraphen 318 ZPO aufgestellt. Für alles weitere gelangen die §§ 313 ff. ZPO zur Anwendung. Damit wird aber auch für das summarische Verfahren grundsätzlich auf diejenigen Bestimmungen verwiesen, welche für das ordentliche Verfahren gelten (§ 317 ZPO). Diese allgemeinen Vorschriften gelangen jedoch im summarischen Verfahren nur dann zur Anwendung, wenn sie sich mit der Eigenheit dieser besonderen Prozeßart und in den betreibungsrechtlichen Fällen auch mit dem eidgenössischen Recht vertragen [1]).

II. Die Gerichtsferien

1. In den betreibungsrechtlichen Fällen

a) In allen betreibungsrechtlichen Fällen, die vom Gesetzgeber in das summarische Verfahren gewiesen werden, gelten die Bestimmungen der §§ 104/05 ZPO über die kantonalen Gerichtsferien nicht.

aa) Dagegen kommen, da es sich bei ihnen, wie schon mehrfach betont worden ist, um eigentliche Bestandteile des Betreibungsverfahrens handelt, die Art. 56 ff. und 63 SchKG betreffend Rechtsstillstand und Betreibungsferien zur Anwendung [2]). Die Befugnis der Kantone, das Verfahren zu ordnen, kann eben nur soweit bestehen, als das SchKG nicht ausdrücklich oder seinem Inhalte nach eigene Verfahrensbestimmungen aufstellt [3]).

In Art. 56 SchKG werden aber nicht alle Handlungen während der Betreibungsferien und des Rechtsstillstandes verboten, sondern

---

[1]) Vgl. dazu: Eichenberger S. 257; Keller-Pfisterer N. 2 und 3 zu § 318.
[2]) Vgl. dazu: Eichenberger S. 257; VJS 05 146, 25 87, 27 119/20, 28 86, 37 105.
[3]) BGE 50 I 227.

nur die sogenannten «Betreibungshandlungen». Nach Blumenstein [4]) sind unter diesen Betreibungshandlungen behördliche, gegen den Schuldner gerichtete Maßnahmen, wodurch die Betreibung in ein vorgerückteres Stadium gebracht werden soll, zu verstehen. Darunter fallen auch, wenigstens zum Teil, solche richterliche Entscheide und Verfügungen, die als Bestandteil des Betreibungsverfahrens angesehen werden müssen, so Rechtsöffnungsurteile, Entscheide über den Rechtsvorschlag in der Wechselbetreibung und Konkurserkenntnisse. In Art. 56 I SchKG werden die Bewilligung von Arresten und unaufschiebbaren Maßnahmen zur Erhaltung von Vermögensgegenständen [5]) ausdrücklich dem Einfluß der zeitlichen Unterbrechungsgründe entzogen, obwohl es sich auch bei ihnen um Betreibungshandlungen im Sinne des Gesetzes handelt. Die Verhandlungen über den Rechtsvorschlag in der Wechselbetreibung und auch die Konkurseröffnung infolge der Wechselbetreibung dürfen während der Betreibungsferien stattfinden, nicht aber während eines dem Schuldner gewährten Rechtsstillstandes (Art. 56 Ziff. 3 a. E. SchKG) [6]).

bb) Nicht um Betreibungshandlungen im Sinne des Gesetzes handelt es sich bei Maßnahmen und richterlichen Verfügungen, die im Verlaufe eines einmal eröffneten Konkurses notwendig werden [7]). Da sich diese Handlungen nicht gegen den Schuldner richten, hätte es keinen Sinn, die Liquidation, an deren schnellen Durchführung auch jener interessiert sein dürfte, während der Betreibungsferien und des Rechtsstillstandes einzustellen [8]). Ähnlich liegen die Verhältnisse auch in den Fällen der Art. 77 und 85 SchKG (nachträglicher Rechtsvorschlag und richterliche Aufhebung oder Einstellung der Betreibung). Die richterliche Verfügung, die sich ja nicht gegen, sondern vielmehr zu Gunsten des Schuldners auswirken kann, darf auch während der Betreibungsferien oder des Rechtsstillstandes ausgesprochen werden.

---

[4]) Vgl. dazu Blumenstein S. 205; aber auch Fritzsche S. 86 und Jäger N. 3 zu Art. 56 SchKG.

[5]) Darunter fallen vor allem die Aufnahme des Güterverzeichnisses und die Anordnung vorsorglicher Maßnahmen (Art. 162, 163, 170, 174 II, 183 I SchKG).

[6]) Vgl. dazu: Blumenstein S. 206; Jäger N. 1, 2 und 8 zu Art. 56 SchKG.

[7]) Vgl. die Art. 195 (Widerruf des Konkurses), 230 (Einstellung des Konkursverfahrens), 231 (Anordnung des summarischen Konkursverfahrens), 268 SchKG (Schluß des Konkursverfahrens).
Auch die Art. 193 und 196 SchKG sind hier zu erwähnen, umso mehr als hier ein Schuldner gar nicht auftritt.

[8]) Vgl. dazu: Blumenstein S. 204; Jäger N. 3 a. A. zu Art. 56 SchKG.

Keine Betreibungshandlungen sind jedenfalls aber auch die vom Gläubiger im Betreibungsverfahren gestellten Begehren, so dasjenige um Rechtsöffnung und das Konkursbegehren. Diese müssen deshalb jederzeit, auch während der Betreibungsferien, entgegen genommen werden [9]). Nach Jäger [10]) ist auch die Erhebung des Rechtsvorschlages in der gewöhnlichen und in der Wechselbetreibung nicht zu den Betreibungshandlungen zu rechnen, so daß der Schuldner auch während der Betreibungsferien und des Rechtsstillstandes zur Erhebung des Rechtsvorschlages verpflichtet wäre. Allerdings bietet ihm die Vorschrift des Art. 63 SchKG (siehe unten) hinreichenden Schutz.

cc) Schließlich stellt sich noch die Frage, welches die Wirkungen des Erlasses oder der Zustellung des Entscheides, beispielsweise über ein Rechtsöffnungsbegehren, während der Betreibungsferien oder des Rechtsstillstandes sind.

Ein Gerichtsentscheid, der während der zeitlichen Unterbrechung gefällt wird, ist wohl nichtig und kann auf dem Wege der Berufung, wo eine solche möglich ist, oder sonst mit der staatsrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht wegen Rechtsverweigerung aufgehoben werden [11]). Anders verhält es sich hingegen grundsätzlich dann, wenn die Zustellung eines Entscheides vorschriftswidrig während der Betreibungsferien oder des Rechtsstillstandes erfolgt. Eine solche Zustellung ist nicht nichtig, ihre Wirkungen, d. h. der Lauf der Fristen, beginnen aber nicht schon während der Zeit der Unterbrechung, sondern mit dem ersten Tag, an welchem die Zustellung wieder zulässig gewesen wäre [12]). Zu beachten ist, daß Art. 63 SchKG hier nicht zur Anwendung kommt, daß also keine Verlängerung der Frist um drei Tage stattfindet [13]). Aus der bundesgerichtlichen Praxis ergibt sich hinsichtlich der Zustellung an einen Schuldner, der wegen Militärdienstes Rechtsstillstand genießt (Art. 57 SchKG), eine Ausnahme. Alle Zustellungen, die während der Dauer des Dienstes

---

[9]) Jäger N. 3 a. A. zu Art. 56 SchKG und Jäger/Däniker N. 3 zu Art. 56 SchKG; ZbJV 76 S. 558 (für das Konkursbegehren).

[10]) Jäger N. 3 a. E. zu Art. 56 SchKG.

[11]) Vgl. dazu: Blumenstein S. 213; Jäger N. 4 zu Art. 56 SchKG; Jäger/Däniker N. 3 zu Art. 56 SchKG; SJZ 31 S. 250; ZbJV 80 S. 416.
Andere Meinung in SJZ 38 S. 284: Die Vornahme einer Betreibungshandlung sei nicht nichtig, sie äußere aber Wirkungen erst von dem Zeitpunkte an, an dem sie zulässig gewesen wäre.

[12]) SJZ 38 S. 284, 39 S. 381; BGE 49 III 76, 53 III 67 Erw. 2; Eichenberger S. 259. Anderer Meinung Jäger/Däniker N. 3 zu Art. 56 SchKG.

[13]) BGE 53 III 67 Erw. 2 a. E.; in diesem Punkte falsch VJS 37 105.

— auch der Entlassungstag zählt noch dazu — erfolgen, sind nichtig. Für den zusätzlichen Rechtsstillstand gemäß Art. 57 II SchKG gilt hingegen der erwähnte Grundsatz der Hinausschiebung der Wirkungen [14]). Der Schuldner braucht nicht schon während des Militärdienstes Beschwerde zu führen, sondern erst dann, wenn nach seiner Entlassung weitere Betreibungsmaßnahmen gegen ihn vorgekehrt werden [15]).

b) Betreibungsferien und Rechtsstillstand hemmen gemäß Art. 56 SchKG den Fristenlauf keineswegs. Lediglich dann findet eine Verlängerung der Frist um drei Tage statt, wenn deren Ende in die Zeit der Ferien oder des Rechtsstillstandes fällt, oder wenn eine Frist, die während der Ferien zu laufen begonnen hat, am ersten oder zweiten Tag nach den Ferien abläuft [16]). Fällt der letzte der drei Tage auf einen Sonntag oder auf einen staatlich anerkannten Feiertag, so läuft die Frist erst am folgenden Werktage ab. Jäger hat in seinem Kommentar [17]) die Ansicht vertreten, daß dann, wenn das Ende des Rechtsstillstandes oder der Ferien auf einen Sonn- oder Feiertag falle, die Ferien bzw. der Rechtsstillstand erst mit dem folgenden Tage schlössen; das Gesetz habe noch volle drei Tage zugeben wollen. Dieser Auffassung hat sich jedoch das Bundesgericht in einem neueren Entscheide nicht angeschlossen, so daß die Ferien bzw. der Rechtsstillstand nicht erst am darauffolgenden Werktage enden, wenn ihr letzter Tag auf einen Sonn- oder Feiertag fällt [18]).

Die frühere Rechtssprechung ließ aber nicht alle Fristen dieser Vergünstigung teilhaftig werden. Verlängert wurden nur die den Ämtern und dem Schuldner gesetzten Fristen, so namentlich auch die Rechtsvorschlagsfrist und die Frist zur Ergreifung eines Rechtsmittels [19]). Nicht verlängert wurden hingegen die dem Gläubiger gesetzten Fristen, und zwar mit der Begründung, daß Betreibungsferien und Rechtsstillstand nur zum Schutze des Schuldners beständen. Der Gläubiger hatte deshalb auch Fristen einzuhalten, die während der

---

[14]) BGE 67 III 69.

[15]) BGE 67 III 72.
Leistet ein Schuldner freiwillig Militärdienst, nur um sich seinen Verpflichtungen zu entziehen, so können sich die Gläubiger an das eidg. Militärdepartement wenden, um die Dienstentlassung zu verlangen. Verzichtet der Schuldner, um diese Maßnahme zu verhüten, auf den Rechtsstillstand, so kann er trotz Militärdienstes betrieben werden (BGE 72 III 23).

[16]) Jäger/Däniker N. 7 zu Art. 63 SchKG; BGE 47 III Nr. 3.

[17]) Jäger N. 7 zu Art. 63; Jäger/Däniker N. 7 zu Art. 63 SchKG.

[18]) BGE 80 III 103 Nr. 22.

[19]) Jäger/Däniker N. 5 B zu Art. 63 SchKG.

Ferien oder des Rechtsstillstandes abliefen, obwohl die von ihm verlangten Handlungen erst nach Ablauf der Betreibungsferien oder des Rechtsstillstandes vorgenommen werden durften [20]). In einem Entscheid des Bundesgerichtes aus dem Jahre 1941 ist diese den Gläubiger ungleich behandelnde Rechtssprechung, wenigstens für den Fall der Betreibungsferien, aufgegeben worden, so daß nunmehr nicht nur die vom Schuldner, sondern auch die vom Gläubiger einzuhaltenden Fristen durch die Betreibungsferien verlängert werden [21]). Das gilt namentlich auch für die vom Gläubiger innezuhaltende Beschwerdefrist. Dieser Entscheid darf aber nicht auch auf den Rechtsstillstand ausgedehnt werden, denn in Art. 57—61 SchKG wollte der Gesetzgeber, wie sich das aus dem Wortlaute des Gesetzes ergibt, nur den Schuldner begünstigen [22]).

Keine Verlängerung findet statt bei Fristen in der Wechselbetreibung, wenn deren Ende in die Betreibungsferien fällt, wohl aber in einem Rechtsstillstand (Art. 56 Ziff. 3 SchKG) [23]).

2. Nach Zivilprozeßrecht

Bei der Behandlung eines Rechtsvorschlages gegen ein Verbot gelten die kantonalen Gerichtsferien gemäß §§ 104/05 ZPO. Zu beachten ist aber immerhin, daß in Fällen dringender Gefahr gerichtliche Verhandlungen, Vorladungen und Zustellungen auch während der Ferienzeit stattfinden dürfen (§§ 105 und 271 ZPO). Die dringende Gefahr ist dabei glaubhaft zu machen [24]).

III. Die Parteien

1. Partei- und Prozeßfähigkeit

Unter Parteifähigkeit versteht man die Eigenschaft einer Partei, in einem Verfahren Kläger oder Beklagter sein zu können. Sie bildet die Voraussetzung für die Prozeßfähigkeit. Unter dieser versteht man die Fähigkeit, Prozeßhandlungen selbst vornehmen und entgegennehmen zu können. Es handelt sich also einerseits um die prozessuale

---

[20]) BGE 27 I 578, 41 III 56; VJS 26 94, 28 86 Ziff. 1; Jäger N. 5 zu Art. 63 SchKG.
[21]) BGE 67 III 103 und KS in VJS 41 152.
[22]) BGE 67 III 103/04.
[23]) Jäger N. 8 zu Art. 63 SchKG.
[24]) Keller-Pfisterer N. 3 zu § 105.

Rechts- und anderseits um die prozessuale Handlungsfähigkeit. Der Rechtsfähige ist im allgemeinen parteifähig und der Handlungsfähige prozeßfähig [25]).

Für das summarische Verfahren, wie auch für die übrigen besonderen Verfahren, ergeben sich in dieser Hinsicht aus dem Zivilprozeßrecht selbstverständlich keine Besonderheiten. Auch im Betreibungsrecht ist jede rechtsfähige Partei parteifähig, sofern sie Gläubiger oder Schuldner einer Geldsumme oder eines Anspruches auf Sicherheitsleistung in Geld ist (Art. 38 I SchKG), und es ist jede handlungsfähige Partei auch betreibungs-, d. h. prozeßfähig [26]).

2. Die Sachlegitimation

Im Gegensatz zur Partei- und Prozeßfähigkeit versteht man unter der Sachlegitimation nicht eine Eigenschaft der Parteien, sondern eine sachliche Beziehung zum Streitgegenstand. Eine Klage muß, um erfolgreich sein zu können, von derjenigen Person erhoben werden, der der Anspruch zusteht, und sie muß gegen diejenige Person gerichtet sein, gegen die der Anspruch erhoben werden muß. Man unterscheidet deshalb zwischen Aktiv- und Passivlegitimation. Wem die Sachlegitimation zukommt, bestimmt sich nach dem materiellen Recht. Fehlt sie, so muß die Klage als unbegründet abgewiesen werden [27]).

Auch in diesem Punkte ergeben sich für das summarische Verfahren keine Besonderheiten. Im Betreibungsrecht ist das Fehlen der Sachlegitimation durch Erheben des Rechtsvorschlages gegen den Zahlungsbefehl geltend zu machen [28]).

Zu beachten ist, daß in einigen Fällen ausnahmsweise nicht der Inhaber der Sachlegitimation im Prozeß als Partei erscheint. So tritt beispielsweise an Stelle des Schuldners die Konkursmasse als Partei auf, wenn jener infolge der Konkurseröffnung die Verfügung über sein Vermögen verloren hat. Die auftretende Partei übt aber nicht eine eigene, sondern eine fremde Sachlegitimation aus. Es kommt ihr Parteistellung zu, und sie besitzt das Prozeßführungsrecht [27]).

---

[25]) Vgl. dazu: Matti S. 1061; Rosenberg S. 156 ff. und 163 ff.

[26]) Vgl. dazu: Fritzsche S. 47 ff.
Grundsätzlich ist auch die Frau betreibungsfähig (Art. 168 ZGB), doch ergeben sich aus dem ehelichen Güterrecht gewisse Einschränkungen (Art. 68bis SchKG). Vgl. auch das Verbot der Zwangsvollstreckung unter Ehegatten in Art. 173 ZGB.

[27]) Vgl. dazu: Matti S. 1062/63; Rosenberg S. 171 ff.; Eichenberger S. 34.

[28]) Fritzsche S. 55.

3. Die Parteiänderung

a) Die aargauische ZPO enthält darüber keine Bestimmung. Die Praxis nimmt aber an, daß in gewissen Grenzen während des Verfahrens ein Parteiwechsel stattfinden darf, wobei der Rechtsnachfolger an Stelle seines Vorgängers Partei wird. Bei Universalsukzession, insbesondere bei Übergang eines Nachlasses, tritt von Gesetzes wegen (Art. 560 ZGB) eine Parteiänderung ein. Der Prozeß wird fortgesetzt, sofern der Streitgegenstand vererblich ist, ansonst wird er in der Hauptsache gegenstandslos [29]). Singularsukzession bewirkt hingegen grundsätzlich nicht den Verlust der Sachlegitimation. Das Urteil wird unter den bisherigen Parteien gefällt, seine Rechtskraft erstreckt sich aber auch auf den Erwerber [30]).

Die hier aufgestellten Grundsätze gelten auch im summarischen Verfahren, wenigstens für den Fall des Rechtsvorschlages gegen ein Verbot.

b) Der Parteiwechsel in den betreibungsrechtlichen Fällen

Auch während eines Betreibungsverfahrens kann ein Gläubiger- oder Schuldnerwechsel eintreten, sei es durch Abtretung der betriebenen Forderung, sei es durch Tod einer Partei. Dabei stellt sich die Frage, ob dem Erwerber die bereits erreichte Lage zugute kommt, oder ob die Betreibung neu angehoben werden muß [31]).

aa) Der Gläubigerwechsel

Das SchKG enthält darüber keine Bestimmung. Lehre und Rechtsprechung nehmen aber an, daß der Rechtsnachfolger in die bereits erkämpfte betreibungsrechtliche Stellung eintreten und das Verfahren fortsetzen dürfe. Man geht dabei von der Anschauung aus, daß die erwirkten betreibungsrechtlichen Maßnahmen als Nebenrechte zu betrachten seien, die gemäß Art. 170 OR (Zession) oder Art. 110 OR (Subrogation) auf den Erwerber übergehen [32]).

---

[29]) Vgl. dazu: Eichenberger S. 34 ff.; Keller-Pfisterer S. 55; Matti S. 1062/63; Rosenberg S. 153.
Vgl. auch BGE 73 III 61 Nr. 14.
Hat der Gläubiger zu existieren aufgehört, so ist die Weiterführung der Betreibung unzulässig und jede trotzdem vorgenommene Betreibungshandlung nichtig.

[30]) Dieser Meinung: Eichenberger S. 36; Wetzell S. 577. Anderer Meinung Leuch N. 11 c zu Art. 192 bern. ZPO.

[31]) Vgl. dazu Fritzsche S. 57.

[32]) Vgl. dazu: Blumenstein S. 148; BGE 22 S. 668, 49 III 25.

Was geschieht aber dann, wenn die Forderung nach begründeter Rechtshängigkeit, beispielsweise in einem Rechtsöffnungsprozeß, durch Zession auf den Erwerber übergeht? Muß der Prozeß infolge der Abtretung für gegenstandslos erklärt werden und hat der Zessionar ein neues gerichtliches Verfahren einzuleiten? Das Bundesgericht hat, gemäß den für den Zivilprozeß geltenden Grundsätzen entschieden, daß durch die Abtretung die Parteistellung des Zedenten nicht aufgehoben werde, und daß der Prozeß ohne Rücksicht auf die Zession weiterzuführen sei. Das Urteil solle aber auch dem Zessionar zugute kommen, der als neuer Gläubiger die Betreibung weiterführt. Ferner wird in dem betreffenden Entscheid ausgeführt, daß die Betreibung so weiterzugehen habe, als ob die Zession erst seit Beendigung des Prozesses vorgenommen worden wäre [33]). Es bestehen wohl keine Bedenken, diesen Entscheid, der für die Widerspruchsklage gemäß Art. 107 SchKG ergangen ist, auch auf die in das summarische Verfahren gewiesenen Streitigkeiten analog anzuwenden.

bb) Der Schuldnerwechsel

Anders stellt sich jedoch die Situation beim Schuldnerwechsel dar. Eine Fortsetzung der Betreibung gegenüber dem Rechtsnachfolger des ursprünglichen Schuldners ist regelmäßig nicht zulässig, da es sich dabei um einen schwerwiegenden Eingriff in die Sphäre des neuen Schuldners handeln würde. Dieser wäre demzufolge nicht mehr in der Lage, wichtige Entschlüsse, wie beispielsweise Erhebung des Rechtsvorschlages und Geltendmachung der Unpfändbarkeit, persönlich, auf Grund seiner eigenen Verhältnisse, zu entscheiden. Die Betreibung muß deshalb neu beginnen. Von dieser Regel stellt aber das Gesetz in Art. 49 und 59 III SchKG zwei Ausnahmen hinsichtlich der Fortsetzung der Betreibung bei Erbgang auf [34]).

Es hat deshalb auch keinen Wert, Streitigkeiten, die gerade bei einem Gerichte anhängig sind, noch fortzusetzen und zur sachlichen Entscheidung zu bringen, da das betreffende Betreibungsverfahren durch den Schuldnerwechsel ja ohnehin gegenstandslos wird. Meines Erachtens hat deshalb in einem solchen Fall ein Erledigungsbeschluß zu ergehen.

Eine andere Auffassung in bezug auf die Zession von Verfahrensrecht auf den Erwerber entwickelt Dr. Max Guldener in ZSR NF 65 203/04. Im Ergebnis ist aber die oben aufgeführte Auffassung auch nach Guldener richtig.

[33]) BGE 68 III 39.

[34]) Vgl. dazu: Blumenstein S. 155/56 und Fritzsche S. 57.

4. Die Teilnahme Dritter am Prozeß

a) Die Streitgenossenschaft (§§ 24 ff. ZPO)

aa) Als allgemeine Regel kommt § 24 ZPO auch auf die besonderen und damit auch auf das summarische Verfahren zur Anwendung, sofern sich das mit dessen Eigenheit verträgt [35]). Dies ist jedoch für das summarische Verfahren dann bestimmt der Fall, wenn sich aus dem materiellen Recht ergibt, daß ein Anspruch nur von mehreren Klägern oder gegen mehrere Beklagte gemeinsam geltend gemacht werden kann (sog. notwendige Streitgenossenschaft). Aber auch die materielle Streitgenossenschaft, d. h. die freiwillige Verbindung mehrerer Personen, die aus den gleichen, tatsächlichen und rechtlichen, Gründen berechtigt oder verpflichtet sind, sollte zugelassen werden. Denn was aus prozeßökonomischen Gründen (Zeit- und Geldersparnis) im ordentlichen Prozeß zugelassen wird, sollte umso mehr auch für die summarischen Verfahrensarten zugelassen werden [36]).

Auf die formelle Streitgenossenschaft, bei der lediglich die Klagegründe gleicher Art (gleichartige Tatbestände und gleichartige rechtliche Grundlagen) sind, ist hier nicht einzutreten, da sie das aargauische Recht nicht kennt [37]).

bb) Mit Rücksicht auf die betreibungsrechtlichen Fälle, die ins summarische Verfahren gewiesen sind, stellt sich die Frage, ob ähnlich wie im Zivilprozeß die Streitgenossenschaft, hier gegebenenfalls eine Betreibungsgenossenschaft zugelassen wird.

Das SchKG sieht nicht vor, daß Einzelforderungen mehrerer Gläubiger in einer einzigen Betreibung zusammen gefaßt werden können; selbst dann nicht, wenn sie aus dem gleichen Rechtsgrunde stammen. Ein solches Vorgehen wäre nach dem Bundesgericht auch nicht angezeigt, da immer mit besonderen Einwendungen des Schuldners gegenüber dem einen oder andern Gläubiger gerechnet werden müsse [38]). Dagegen können sich auch hier aus dem Zivilrecht Lagen

---

[35]) Vgl. dazu: Eichenberger S. 37; VJS 41 115, worin für das Offenbarungsverfahren von dieser Regel abgewichen wird. Für das Verbotsverfahren vgl. VJS 30 147.

[36]) Vgl. dazu: Matti S. 1065; Keller-Pfisterer Noten zum Titel «Streitgenossenschaft» und N. 3 zu § 24.

[37]) Im übrigen wäre die formelle Streitgenossenschaft sonst wohl auch zuzulassen, da von ihr regelmäßig keine Nachteile zu erwarten sind, wohl aber eine erhebliche Kostenersparnis.
Vgl. dazu Meier S. 33.

[38]) BGE 71 III 167.

ergeben, die ein gemeinsames Vorgehen der Gläubiger notwendig machen oder doch als zweckmäßig erscheinen lassen. Jenes ist der Fall bei Forderungen zur gesamten Hand, dieses bei Solidarforderungen (Art. 150 OR) [39]). Obwohl für eine Mehrheit von Gläubigern im Falle einer Solidarforderung keine Notwendigkeit besteht, kann sich ein solches Vorgehen doch aus dem gemeinsamen Interesse aufdrängen. Auch der Schuldner wird aber davon profitieren, entgeht er doch damit einer allfälligen, mehrfachen Betreibung durch die Solidargläubiger [40]).

In Art. 70 II SchKG wird die gemeinschaftliche Betreibung mehrerer Mitschuldner zugelassen, sofern sie einen gemeinsamen Vertreter haben. Dazu kommen aber noch zwei weitere Voraussetzungen: So muß einmal die Betreibung für alle Schuldner am gleichen Orte möglich sein; und außerdem ist eine gemeinsame Betreibung von Mitschuldnern nur dann möglich, wenn sie einen gesetzlichen (nicht einen vertraglichen) Vertreter haben (Art. 47 SchKG) [41]).

Nach bundesgerichtlicher Praxis ist das Recht, einen gemeinsamen Vertreter stellen zu dürfen, auch mehreren gemeinsam vorgehenden Gläubigern zuerkannt worden. Es bestehen dabei keinerlei Bedenken, einen bevollmächtigten Vertreter einem gesetzlichen gleichzustellen [42]). Verzichtet oder stirbt einer der gemeinsam vorgehenden Gläubiger, so bleibt die Betreibung für die übrigen bestehen. Dem Schuldner muß jedoch ein nachträglicher Rechtsvorschlag bewilligt werden, wenn sich aus dem materiellen Recht ergeben sollte, daß die übrigen Gläubiger nicht mehr berechtigt sind, die ganze Forderung einzutreiben [43]).

b) Die Intervention

aa) Die Hauptintervention

Ein Dritter, der den Gegenstand des Hauptprozesses ganz oder teilweise für sich in Anspruch nimmt, kann gegen eine oder beide Hauptparteien des ersten Prozesses mit einer eigenen Klage, der sogenannten Hauptinterventionsklage, vorgehen (§ 28 ZPO) [44]). Im

---

[39]) Fritzsche S. 56.
[40]) BGE 71 III 166.
[41]) BGE 41 III 395, 63 III 14, 71 III 165.
Jäger N. 8 zu Art. 70 SchKG; Blumenstein S. 244; Fritzsche S. 56.
[42]) BGE 35 I 820; 71 III 165.
[43]) BGE 58 III 116/17, 76 III 90.
[44]) Vgl. dazu: Matti S. 1067 Ziff. 6; Eichenberger S. 44.

Prinzip ist die Hauptintervention auch in den besonderen Verfahren möglich [45]). Eine Einschränkung ergibt sich aber aus der Natur der Hauptintervention selbst, wonach diese nur dann zulässig ist, wenn sich der Anspruch des Hauptinterventionsbeklagten und derjenige des Hauptinterventionsklägers gegenseitig ausschließen. Dies ist nur dann der Fall, wenn im ersten Prozeß über das Bestehen eines materiellen Anspruchs entschieden wird [46]).

In allen betreibungsrechtlichen Fällen steht nun aber nicht der Anspruch als solcher, sondern bloß dessen Vollstreckbarkeit im betreffenden Betreibungsverfahren zur Diskussion. Ähnlich liegen die Verhältnisse auch im Falle des Rechtsvorschlages gegen ein Verbot, wo ja nur die Zulässigkeit einer bloßen Sicherungsmaßnahme streitig ist und nicht etwa der materielle Anspruch als solcher [47]). Die Hauptintervention muß deshalb im summarischen Verfahren abgelehnt werden. Sie wäre außerdem schon aus dem Grunde abzulehnen, weil gerade sie große Unklarheit hervorrufen kann, die einer einfachen und raschen Erledigung einer Streitsache nur im Wege stehen würde [48]).

Zum Schlusse sei hier noch erwähnt, daß in der Praxis an der Hauptintervention nur ein sehr geringes Bedürfnis besteht, so daß sie in neueren Zivilprozeßordnungen keine Aufnahme mehr gefunden hat [49]).

bb) Die Nebenintervention

Darunter versteht man den Beitritt eines Dritten zu einem fremden Prozeß im eigenen Interesse zur Unterstützung einer Partei [50]). Der Nebenintervenient verfolgt dabei keinen eigenen Anspruch, sondern er unterstützt bloß eine Partei. Voraussetzung ist lediglich, daß der Dritte beim Unterliegen der zu unterstützenden Partei einen Nachteil besorgt (§ 31 ZPO). Dies kann auch in den besonderen Verfahren der Fall sein, und zwar auch dann, wenn nicht der materiellrechtliche Anspruch als solcher, sondern nur eine Sicherungsmaßnahme zur Diskussion steht [51]). Ob man die Nebenintervention

[45]) So VJS 22 65 für das beschleunigte Verfahren.
[46]) Aschwanden S. 49/50 und S. 60.
[47]) Vgl. dazu VJS 15 100, wo allerdings nur von der Nebenintervention die Rede ist. Dieser Entscheid sollte jedoch nach Aschwanden (S. 50) insbesondere auch für die Hauptintervention Geltung besitzen.
[48]) Vgl. dazu: Meier S. 33/34.
[49]) Vgl. dazu: Matti S. 1067 Ziff. 6; Leuch N. 1 vor Art. 44; Aschwanden S. 108.
[50]) Vgl. dazu: Matti S. 1067 Ziff. 2; Aschwanden S. 58.
[51]) Vgl. dazu: Eichenberger S. 45; Aschwanden S. 58.

in einem summarischen Verfahren zulassen soll, wo dem Wesen dieses Verfahrens entsprechend tunlichst jede unnötige Belastung und Verzögerung vermieden werden sollte, ist fraglich. Gegen die Zulassung der Nebenintervention spricht jedenfalls der Umstand, daß im summarischen Verfahren nicht endgültig über materielles Recht entschieden wird [52]).

Das aargauische Obergericht hat zu diesem Problem, wenigstens für den Fall des summarischen Verbotsstreites, Stellung genommen. Es hat sich dabei gegen die Zulassung der Streitverkündung im summarischen Verfahren ausgesprochen, womit es nach Eichenberger [53]) gleichzeitig wohl auch die ungerufene Intervention ausschließen wollte. Im gleichen Entscheide wird auch darauf hingewiesen, daß sich die für die Streitverkündung vorgesehenen Fristen (§ 39 ZPO) in keiner Weise mit dem summarischen Verfahren vertragen. In den betreibungsrechtlichen Fällen ist eine Nebenintervention kaum denkbar.

cc) Die Streitverkündung

Streitverkündung ist die an einen Dritten gerichtete Mitteilung von einem anhängigen Prozeß durch eine Partei. In ihr liegt die Aufforderung zum Beitritt, in der Regel zur Nebenintervention (§ 36 ZPO) [54]).

Über die Zulässigkeit der Streitverkündung im summarischen Verfahren kann auf das oben bei der Nebenintervention Erwähnte verwiesen werden.

5. Die Vertretung der Parteien

a) Im Allgemeinen

Jede handlungsfähige Person kann ihre Rechte vor dem Richter selbst vertreten, ohne gezwungen zu sein, einen Beistand oder Vertreter zuzuziehen (§ 23 I ZPO). Nicht einmal im Interesse einer

---

[52]) Jedenfalls hat sich die zürcherische Praxis gegen die Zulassung der Intervention im summarischen Verfahren ausgesprochen, weil die Verfügungen im summarischen Verfahren der eigentlichen Rechtskraft nicht fähig seien und durch Klage im ordentlichen Prozeß angefochten werden könnten.
Vgl. dazu: BlZR 12 Nr. 165, 27 Nr. 67, 34 Nr. 104; Sträuli-Hauser S. 94 und N. 3 zu § 41. Leuch läßt hingegen für die bernische Praxis die Nebenintervention grundsätzlich zu, führt aber aus, daß sie in der Regel nicht denkbar sei (N. 2 zu Art. 44).

[53]) VJS 15 99; Eichenberger S. 45.

[54]) Vgl. dazu Aschwanden S. 84.

rechtsunkundigen oder offenbar unfähigen Partei wird hinsichtlich des Anwaltszwanges eine Ausnahme gemacht [55]). Die Partei kann darauf verzichten, den Prozeß selber zu führen. Die gerichtliche Vertretung und Beistandschaft ist im Kanton Aargau zur Hauptsache den patentierten Anwälten überlassen; insofern kann von einem «Anwaltsmonopol» gesprochen werden [56]). Frei ist insbesondere die bloße Rechtsberatung und die Vertretung vor Verwaltungsbehörden.

Das Anwaltsmonopol gilt nicht lückenlos, nach verschiedenen Richtungen hin wird es durchbrochen. So dürfen einmal eine Reihe gesetzlicher Vertreter für Dritte mündliche und schriftliche Vorträge erstatten (§ 51 III ZPO), und im Verfahren vor dem Gerichtspräsidenten als Einzelrichter ist in allen Fällen auch die Vertretung durch Notare zulässig (ZPNov. 4 II) [57]).

b) Besondere Verfahren [58])

Durch die obergerichtliche Rechtssprechung ist von jeher die für das ordentliche Verfahren geltende Regelung analog auch auf die besonderen Verfahren angewandt worden [59]). Durch die Zivilprozeßnovelle von 1941 wurden die besonderen Verfahren nicht berührt, es wurde bei dieser Änderung lediglich an Stelle des bisherigen inappellablen Verfahrens das Einzelrichterverfahren eingeführt. Deshalb ist nunmehr § 4 II ZPNov., der das Vertretungsrecht im Einzelrichterverfahren regelt, analog auch auf die besonderen Verfahren anwendbar.

Das bedeutet also, daß Anwälte in den besonderen Verfahren ohne Rücksicht auf die Höhe des Streitwertes zur Vertretung befugt sind, Notare, wenigstens grundsätzlich, bis zu einem Streitwert von Fr. 1000.— [60]). Da, wie wir später noch sehen werden, in den besonderen Verfahren ein friedensrichterlicher Vermittlungsversuch nicht erforderlich ist (§ 7 Ziff. 5 ZPO), ist die Vertretungsbefugnis der Anwälte und Notare nach unten nicht begrenzt. Im ordentlichen Verfahren wird durch die §§ 27 und 28 FrG die Parteivertretung bei einem Streitwert unter Fr. 100.— verhindert [61]).

---

[55]) Vgl. § 117 ZPO.
Anders z. B. Art. 18 I BZP in Verbindung mit Art. 29 V OG.
[56]) AdvG 1 und 13; § 51 I ZPO.
[57]) Vgl. dazu: Trautweiler S. 89 ff.; Eichenberger S. 59 ff.
[58]) Vgl. dazu: Trautweiler S. 106 ff.; Eichenberger S. 62/63.
[59]) VJS 15 100, 29 50.
[60]) KS vom 12. Februar 1943 in VJS 43 92 lit. B.
[61]) Trautweiler S. 107 N. 44.

Die soeben dargestellte Regel unterliegt einigen Ausnahmen:

aa) In einem Kreisschreiben des Obergerichtes werden eine ganze Reihe von Geschäften angeführt, bei denen nur die Vertretung durch Anwälte, nicht aber durch Notare, und zwar ohne jede Rücksicht auf die Höhe des Streitwertes, zulässig ist. Diese Regelung entbehrt allerdings der gesetzlichen Grundlage [62]).

In Ziffer 48 des erwähnten Kreisschreibens wird auch «der Rechtsvorschlag in der Wechselbetreibung» dieser Regelung unterstellt. Alle anderen Streitigkeiten, die vom Gesetz in das summarische Verfahren gewiesen werden, werden davon aber nicht betroffen.

bb) Die Vertretung in den betreibungsrechtlichen Fällen

Das SchKG überläßt den Kantonen die Regelung der gewerbsmäßigen Vertretung im Betreibungsverfahren (Art. 27 I SchKG) [63]). Einschränkend wird immerhin vorgeschrieben, daß niemand verpflichtet werden dürfe, sich eines gewerbsmäßigen Vertreters zu bedienen (Art. 27 II SchKG), eine Bestimmung, die sich also durchaus mit § 23 I ZPO verträgt.

Nach obergerichtlicher Praxis qualifizieren sich alle Vorkehrungen und Verhandlungen von der Anhebung der Betreibung hinweg bis zur Verteilung des Vollstreckungssubstrates als Fortsetzung der Betreibungshandlungen, die mit dem Zivilrechtsverfahren nichts zu tun haben, ausgenommen es betreffe Verhandlungen, die ins richterliche Verfahren gewiesen werden [64]). Betreibungshandlungen können deshalb von jedem handlungsfähigen Vertreter vorgenommen werden, weil weder SchKG noch kantonales Recht besondere Vorschriften darüber aufstellen. Dies gilt insbesondere auch für die Begehren in Rechtsöffnungs- und Konkurssachen, da die §§ 18 und 20 EGSchKG das summarische Verfahren nur für anwendbar erklären, sofern eine Verhandlung erforderlich ist [65]).

Dagegen kommen für die Verhandlungen und das Beschwerdeverfahren die oben dargelegten Regeln zur Anwendung, wonach Anwälte in allen Fällen, Notare bis zu einem Streitwert von Fr. 1000.— zur Vertretung befugt sind [66]). Ausgenommen davon ist, wie oben

---

[62]) KS vom 28. Februar 1913 in KSSlg S. 119 ff. Nr. 148. Siehe auch KS vom 12. Februar 1943 in VJS 43 92 lit. B a.

[63]) Vgl. dazu: Fritzsche S. 53/54; BGE 59 I 199 Erw. 2.

[64]) OJB 1901/02 S. 17/18; VJS 07 160, 33 68.

[65]) AGVE 53 54 Nr. 12.

[66]) VJS 15 100, 33 68, 36 34; KS vom 28. Februar 1943 in VJS 43 92 lit. B b.

bereits erwähnt wurde, einzig der Rechtsvorschlag in der Wechselbetreibung, wo nur Anwälte zur Vertretung befugt sind.

c) Diese allmählich herausgebildete Ordnung der Vertretung vor den Gerichten entbehrt auch bei den besonderen Verfahren der organischen Klarheit. Bei der Revision der ZPO sollte auf diesem Gebiet im Sinne einer einfachen und klaren Lösung Abhilfe geschaffen werden [67]).

IV. Die Gewährung des Armenrechts

1. Nach Zivilprozeßrecht (§§ 62 ff. ZPO)

Grundsätzlich kann das Armenrecht in allen Verfahren, die vor den ordentlichen Gerichten ausgetragen werden, also auch in den besonderen und vor allem im summarischen Verfahren, erteilt werden [68]). Hingegen bleibt es auf die Fälle der streitigen Gerichtsbarkeit beschränkt [69]).

In bezug auf die summarischen Verfahrensarten ist jedoch zu bemerken, daß bei den geringen Kosten, die diese in der Regel verursachen, eine Bewilligung des Armenrechts nur ausnahmsweise nötig sein wird [70]). Vergleiche über die Voraussetzungen für die Gewährung des Armenrechts und dessen Wirkungen die §§ 62, 64 und 70 II ZPO.

2. In den betreibungsrechtlichen Fällen

Art. 68 SchKG bestimmt, daß der Schuldner die Betreibungskosten zu erlegen habe, daß aber dieselben vom Gläubiger vorzuschießen seien. Es stellt sich deshalb hier die Frage, ob einem Gläubiger, dem gemäß dieser Bestimmung die Kostenvorschußpflicht obliegt, das Armenrecht erteilt werden darf. Das Bundesgericht hat sich zu diesem Problem dahingehend geäußert, daß weder das SchKG, noch der Gebührentarif zu diesem Gesetz auch nur die geringste An-

---

Ausgeschlossen ist dagegen die Vertretung durch andere Personen, insbesondere durch Geschäftsagenten (AGVE 53 54 Nr. 12).

[67]) Vgl. dazu auch Eichenberger S. 63.

[68]) So auch Eichenberger S. 89; Keller-Pfisterer N. 2 S. 93.

[69]) VJS 41 35, 44 20; Zimmerlin N. 1 zu Titel VII «Armenrecht» S. 83. Vgl. aber auch die Kritik an dieser Regelung bei Heuberger S. 30 und bei Eichenberger S. 89. Vgl. z. B. auch das zürcherische Recht, das das Armenrecht auch für die Fälle nichtstreitiger Gerichtsbarkeit gewährt (Sträuli-Hauser N. 1 zu § 181).

[70]) Leuch N. 2 zu Art. 77.

deutung darüber enthielten, die die Annahme rechtfertigen würde, daß unter gewissen Voraussetzungen einem bedürftigen Gläubiger jene Pflicht erlassen werden dürfe. Unter diesen Umständen sei es sogar zweifelhaft, ob die Kantone entgegen Art. 68 SchKG befugt seien, von sich aus die Armenrechtserteilung im Schuldbetreibungsverfahren einzuführen [71]). Wenn dem auch so wäre, so kennt jedenfalls das aargauische Recht eine solche Möglichkeit nicht [72]).

In den gerichtlichen Inzidentialstreitigkeiten und den richterlichen Verfügungen in der Schuldbetreibung, wie beispielsweise im Rechtsöffnungsverfahren und bei der Konkurseröffnung, ist deshalb die Erteilung des Armenrechts nicht zulässig, obwohl sie in das summarische Verfahren gewiesen sind [73]). Das geht vor allem schon daraus hervor, daß diese Streitigkeiten und Verfügungen als Bestandteile eines Betreibungsverfahrens zu werten sind und ihre Kosten demzufolge als Betreibungskosten [74]).

Daraus folgt, daß ein Armenanwalt, der einen Prozeß erfolgreich geführt hat, niemals gehalten sein kann, die Vollstreckung des Urteils auf betreibungsrechtlichem Wege unentgeltlich zu besorgen. Jedenfalls wird ihm der Staat weder Inkasso noch Betreibungskosten ersetzen [75]).

Entsteht im Gefolge eines Betreibungsverfahrens ein Rechtsstreit, so darf dafür das Armenrecht selbstverständlich jederzeit erteilt werden [76]).

V. Die Kostenregelung

1. Die Vorschußpflicht für Prozeßkosten

a) Nach Zivilprozeßrecht

§ 52 I ZPO bestimmt hinsichtlich der Gerichtskosten, daß vorläufig jede Partei die durch ihre Handlungen veranlaßten Kosten zu tragen habe. Diese Vorschußpflicht erstreckt sich nur auf die Barauslagen und Beweiskosten, nicht aber auf Staatsgebühren, was allerdings bestritten ist [77]). Durch diese Maßnahme will sich der Staat gegen Verluste sichern.

---

[71]) BGE 55 I 366; anderer Meinung Jäger N. 7 zu Art. 2 und N. 2 zu Art. 16.
[72]) VJS 41 128.
[73]) Eichenberger S. 89/90; Leuch N. 2 zu Art. 77.
[74]) VJS 41 128; Jäger N. 1 zu Art. 68.
[75]) Eichenberger S. 90.
[76]) Heuberger S. 31; Jäger N. 1 zu Art. 68 SchKG.
[77]) Vgl. dazu Eichenberger S. 68/69.

Diese Bestimmung gilt selbstverständlich auch für die besonderen Verfahren, im summarischen Verfahren wenigstens für den Fall des Rechtsvorschlages gegen ein Verbot.

b) In den betreibungsrechtlichen Fällen

Die Kosten des Richters in Betreibungs- und Konkurssachen werden durch das SchKG und den Gebührentarif zu diesem Gesetz [78]) geordnet. Grundsätzlich hat der Gläubiger die Betreibungskosten vorzuschießen (Art. 68 SchKG), und zwar für jede einzelne der von ihm beantragten Betreibungshandlungen [79]).

aa) Die Betreibungskosten zerfallen in die Auslagen und die Gebühren, wobei unter jenen diejenigen Aufwendungen, welche die amtlichen Organe zwecks richtiger Durchführung des Betreibungsverfahrens zu machen haben [80]), unter diesen aber die Entschädigung der staatlichen Organe für ihre Tätigkeit verstanden werden. Insbesondere Parteikosten fallen also nicht darunter [81]).

Im allgemeinen sind die Gebühren für die Handlungen von Gerichten nicht zu den Betreibungs- und Konkurskosten zu zählen, und der Gebührentarif enthält denn auch keine Ansätze dafür. Eine Ausnahme machen hier alle jene richterlichen Entscheidungen, die als eigentliche Bestandteile einer Betreibung angesehen werden müssen. Für alle jene enthält der Gebührentarif in Art. 60 und 71—74 bescheidene Kostenansätze. Für die dort vorgesehenen Gebühren wird diejenige Partei vorschußpflichtig, die den Richter angerufen oder den Entscheid weiter gezogen hat (Art. 76 GebT). Das bedeutet, daß in jenen Fällen, wo der Schuldner die richterliche Tätigkeit in eigenem Interesse in Anspruch nimmt [82]), in Abweichung von der allgemeinen Regel, der Schuldner vorschußpflichtig wird. Die Bestim-

---

Hinsichtlich der Kostenvorschußpflicht für Staatsgebühren siehe Eichenberger S. 69, der § 2 Abs. 1 und 2 GebD für ungesetzlich hält. In diesem Sinne auch VJS 42 118. — Anderer Meinung hingegen Keller-Pfisterer N. 1 und 3 zu § 52.

[78]) Gebührentarif zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 13. April 1948 (GebT).

[79]) Vgl. dazu auch Fritzsche S. 99.

[80]) Beispielsweise Kosten für Unterhalt und Aufbewahrung gepfändeter Gegenstände, Auslagen für Frankatur und Transport, Reiseentschädigungen, Entschädigungen für Sachverständige usw.

[81]) Vgl. dazu Blumenstein S. 125 ff.

[82]) Beispielsweise im Falle der Art. 77 (nachträglicher Rechtsvorschlag), Art. 85 (Begehren um Aufhebung oder Einstellung der Betreibung), Art. 191 (Konkurseröffnung auf Begehren des Schuldners), Art. 195 SchKG (Konkurswiderruf).

mung von Art. 76 GebT steht also nicht im Widerspruch zu § 52 ZPO, wo ja auch jede Partei vorläufig die durch ihre Handlungen veranlaßten Kosten zu tragen hat. Festzuhalten bleibt, daß das Schuldbetreibungsrecht im Gegensatz zur ZPO ebenfalls die Vorschußpflicht für staatliche Gebühren kennt.

bb) Für die im Gebührentarif aufgezählten Handlungen der Gerichte gilt der dort festgelegte eidgenössische Tarif, und es darf nur dieser erhoben werden (Art. 1 GebT). Die kantonalen Gebühren gemäß GebD [83]) dürfen in allen diesen Fällen nicht zur Anwendung kommen [84]).

Der Vollständigkeit halber seien die betreffenden Streitigkeiten hier aufgezählt:

Art. 60 GebT: Bewilligung und Ausfertigung eines Arrestbefehls.
Art. 72 GebT: Entscheid über Rechtsöffnung oder Bewilligung eines Rechtsvorschlages.
Art. 73 GebT: Entscheid über Konkurseröffnung.
Art. 74 GebT: Vorsorgliche Verfügungen gemäß Art. 162 und 170 SchKG.
Beschluß über Einstellung des Konkurses.
Anordnung des summarischen Konkursverfahrens.
Widerruf des Konkurses.
Schluß des Konkursverfahrens.

Für alle jene richterlichen Streitsachen, die der Gebührentarif nicht aufzählt, gelten die kantonalen Gebühren (Art. 77 GebT).

cc) Sind die in den Art. 60 und 71 ff. GebT aufgezählten Kostenansätze als bloße Urteilsgebühren oder als Gebühren für das Verfahren überhaupt aufzufassen? Das Bundesgericht hat sich dahingehend geäußert, daß sie als Verfahrensgebühren aufzufassen seien, und daß daneben höchstens noch solche Gebühren erhoben werden dürften, die sich aus den allgemeinen Bestimmungen des eidgenössischen GebT zum SchKG ergäben. Begründet wird dieser Entscheid damit, daß die Abgaben in einheitlicher Weise für das ganze Gebiet der Schweiz bestimmt werden wollten. Dieser Zweck würde aber illusorisch, wenn es den Kantonen freistehen würde, weitere Gebühren in beliebiger Höhe festzusetzen, wobei die Parteien dann über das bundesrechtliche Maß hinaus belastet würden [85]).

---

[83]) Dekret betreffend Gerichtsgebühren in Zivilsachen vom 29. November 1918.
[84]) Vgl. dazu auch BGE 54 I 161 Erw. 2.
[85]) BGE 54 I 161 Erw. 3; vgl. auch KS in VJS 31 184 Nr. 53.

Es steht jedenfalls fest, daß für Protokollierung, sowie für allfällige Zwischenurteile keine weiteren Gebühren verlangt werden dürfen (Art. 75 GebT). Ferner sind gemäß Art. 16 II SchKG die im Betreibungs- und Konkursverfahren errichteten Schriftstücke stempelfrei. Dazu gehören selbstverständlich auch die in rein betreibungsrechtlichen Streitigkeiten und einseitigen Verfügungen errichteten Schriftstücke [86]).

Für effektive Auslagen, wie Posttaxen und Reiseentschädigungen (Art. 12 und 13 GebT) dürfen die Parteien noch weiter belastet werden, und sie werden für sie vorschußpflichtig [87]). Streitig ist hingegen, ob auch für Urteilsausfertigungen und Vorladungen noch weitere Gebühren verlangt werden dürfen. Dem Beispiele Zürichs folgend hat sich die aargauische Praxis in bejahendem Sinne ausgesprochen, so daß die in Art. 7 GebT statuierten Schreibgebühren von Fr. 1.—, wobei sich die Gebühr um 50 Rappen für jede weitere halbe Seite erhöht, verlangt werden dürfen [88]). Einer solch weitergehenden Belastung steht meines Erachtens der bereits erwähnte Bundesgerichtsentscheid nicht entgegen [89]).

Ob die Gebühren den betreffenden Organen als Honorare zufallen oder ob sie in die Staatskasse fließen, ist Sache des kantonalen Rechts. Im Kanton Aargau trifft die zweite Lösung zu; sie allein kann der öffentlichen Stellung der Beamten gerecht werden [90]).

dd) Die Höhe des Kostenvorschusses, der auch in schweizerischen Postmarken oder in Frankier-Maschinenaufdrucken eingesandt werden kann [91]), läßt sich in der Regel auf Grund des GebT genau berechnen. In diesem Zusammenhang stellt sich hier endlich die Frage, was dann geschehen soll, wenn der Kostenvorschuß nicht erbracht wird. In Anwendung von Art. 68 I SchKG darf wohl angenommen werden, daß die vom Gericht verlangte Handlung unter diesen Umständen vorläufig unterbleiben kann. Auf dem gleichen Standpunkt steht die aargauische Praxis, die sich zu diesem Problem, wenigstens für den Fall der Stellung eines Konkursbegehrens, geäußert hat. In

---

[86]) BGE 54 I 161 Erw. 2 a. E.; Blumenstein S. 126/27 und Fritzsche S. 98/99; für das Rechtsöffnungsverfahren auch BGE 50 I 55. Anders verhält es sich selbstverständlich bei den materiellrechtlichen und den betreibungsrechtlichen Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht (Blumenstein S. 127).

[87]) BGE 54 I 161 Erw. 2 Abs. 2; KS in VJS 31 184 Nr. 53.

[88]) KS in KSSlg. Nr. 81 und 82 S. 69 ff.; aufgehobene Praxis in VJS 31 184 Nr. 53.

[89]) BGE 54 I 161 Erw. 3 a. E.

[90]) Vgl. dazu Fritzsche S. 97.

[91]) Kreisschreiben des Bundesgerichtes vom 25. Januar 1928; BGE 54 III 52.

dem betreffenden Kreisschreiben [92]) wird ausgeführt, daß der Gläubiger unter Fristansetzung sofort zur Leistung eines Kostenvorschusses aufzufordern sei. Kommt dieser der Aufforderung nicht nach, so wird auf das Begehren nicht eingetreten, und dieses ist infolge Nichtleistung des Kostenvorschusses als erledigt von der Kontrolle abzuschreiben. Erlegt der Gläubiger den Vorschuß, so muß unverzüglich zur Verhandlung geladen werden. Erfolgt jedoch eine Insolvenzerklärung durch den Schuldner, so ist von diesem der Vorschuß einzuverlangen, und es muß ihm dafür Frist gesetzt werden. Die Folgen der Nichtleistung sind die gleichen wie oben. In beiden Fällen muß ein förmlicher Erledigungsbeschluß gefaßt werden, der den Parteien zuzustellen ist [93]).

Für die Kosten eines Konkursverfahrens wird der Gläubiger nicht vorschußpflichtig [94]), also auch nicht für richterliche Verfügungen, die nach der einmal erfolgten Konkurseröffnung notwendig werden. Eine Vorschußpflicht des Gläubigers im Konkursverfahren kann sich aber ausnahmsweise dann ergeben, wenn dieser die Einstellung des Verfahrens mangels Konkursvermögens (Art. 230 SchKG) oder die Anordnung des summarischen Konkursverfahrens (Art. 231 SchKG) verhindern will. Kein Kostenvorschuß kann vom Gläubiger ferner bei der Liquidation einer Verlassenschaft verlangt werden.

2. Die endgültige Kostentragung

a) Nach Zivilprozeßrecht (Art. 53 ff. ZPO)

Gerichts- und Parteikosten sind in der Regel durch die unterliegende Partei der obsiegenden zu ersetzen. Von diesem Prinzip bestehen allerdings einige Ausnahmen, auf die hier nicht näher eingetreten werden soll. Über die Kostentragung befindet der Richter von Amtes wegen [95]).

Diese Bestimmungen kommen grundsätzlich auch in den besonderen Verfahren zur Anwendung, im summarischen Verfahren wenigstens für den Rechtsvorschlag gegen ein Verbot.

---

[92]) KS in VJS 37 77.

[93]) Vgl. dazu KS in VJS 36 222 Nr. 87.

[94]) Vgl. aber Art. 169 SchKG, der eine Haftungspflicht des Gläubigers für die Kosten, die bis zur ersten Gläubigerversammlung entstehen, statuiert. Hingegen ist die Vorschußpflicht für jene Kosten vom Ermessen des Konkursgerichtes abhängig.

[95]) Vgl. dazu Eichenberger S. 75 ff.

b) In den betreibungsrechtlichen Fällen

aa) Hinsichtlich der Betreibungskosten

Nach Art. 68 SchKG trägt der Schuldner die Betreibungskosten. Darunter fallen, wie oben bereits erwähnt wurde, neben den Auslagen auch die Gebühren, die für die Tätigkeit der Gerichte erhoben werden. Nach dem Bundesgericht [96]) ist Schuldner im Sinne des Gesetzes «der Betriebene, wenn er es unterlassen hat, die in Betreibung gesetzte Forderung oder das Recht, sie auf dem Betreibungswege geltend zu machen, durch Rechtsvorschlag zu bestreiten, oder wenn er seinen Rechtsvorschlag nachträglich wieder zurückgezogen oder ein Richterspruch ihn beseitigt hat». Die Kostenpflicht des Schuldners findet ihre Begründung darin, daß die Betreibungskosten durch die unterlassene freiwillige Zahlung verursacht worden sind. Solange jedoch die Betreibung infolge eines Rechtsvorschlages eingestellt ist, kann der Betriebene für die Kosten nicht belangt werden.

Diese Regelung stimmt im Prinzip also mit derjenigen des Zivilprozesses überein, wo grundsätzlich die unterliegende Partei die Kosten zu tragen hat. Anders verhält es sich hingegen dann, wenn der Gläubiger die Betreibung zurückzieht oder erlöschen läßt. In einem solchen Fall werden die Kosten nicht auf den Schuldner überwälzt, und die vom Gläubiger geleisteten Vorschüsse bleiben an ihm hängen [97]).

Die Gebühren, welche für die in einem summarischen Verfahren ergehenden richterlichen Entscheide und Verfügungen erhoben werden, hat grundsätzlich die unterliegende Partei zu tragen. Es wird also der Gläubiger kostenpflichtig, wenn er im Verfahren um Rechtsöffnung unterliegt, wenn ein Rechtsvorschlag bewilligt wird, oder wenn die Betreibung aufgehoben oder eingestellt wird [98]). Kann jedoch der Gläubiger, beispielsweise auf Grund eines in einem ordentlichen Verfahren ergangenen Urteils, die Betreibung später fortsetzen, so kann er jene Kosten zu seiner Betreibungssumme hinzuschlagen, da es sich bei ihnen um Betreibungskosten handelt, die gemäß Art. 68 SchKG vom Schuldner getragen werden müssen. Das

---

[96]) BGE 77 III 6/7 Nr. 2.

[97]) Vgl. dazu: Blumenstein S. 130/31; Fritzsche S. 99.

[98]) Für den Fall der Bewilligung eines nachträglichen Rechtsvorschlages nimmt Jäger an, daß es sich rechtfertigen würde, die Kosten erster Instanz dem Schuldner aufzuerlegen, da den Gläubiger an der Weiterung des Verfahrens keine Schuld treffe (N. 14 zu Art. 77).

gilt selbst dann, wenn die Betreibung auf Grund eines Vergleichs nur für einen Teil der Forderung fortgesetzt werden kann [99]).

bb) Die Parteikosten

Parteikosten fallen nicht unter die Betreibungskosten. Sie müssen deshalb in der Regel von derjenigen Partei getragen werden, der sie erwachsen sind. Das gilt namentlich auch für die Gebühren eines berufsmäßigen Vertreters (Art. 27 II SchKG). Diese Bestimmung gilt selbstverständlich nur für diejenigen richterlichen Entscheide und Verfügungen, die als Bestandteile der Betreibung angesehen werden müssen, während in allen andern mit einer Schuldbetreibung zusammenhängenden Verfahren hinsichtlich der Tragung der Parteikosten kantonales Prozeßrecht gilt [100]).

Nach Art. 78 GebT kann nun aber in Streitfällen über Rechtsöffnung, Bewilligung eines Rechtsvorschlages, Aufhebung oder Einstellung der Betreibung und Konkurseröffnung der im Rechte befundenen Partei auf deren Verlangen vom Richter für Zeitversäumnis und Auslagen auf Kosten der unterliegenden Partei eine billige Entschädigung zugesprochen werden. Hervorzuheben ist vor allem, daß diese Entschädigung nur auf ausdrückliches Verlangen einer Partei zugesprochen wird. Deren Höhe wird im Entscheid durch den Richter festgesetzt. Der kantonale Anwaltstarif darf aber bei der Bemessung der Entschädigung nicht ohne weiteres verwendet werden. Im Verhältnis einer Partei zu ihrem Anwalt gilt aber selbstverständlich der kantonale Tarif [101]).

Wo eine Parteientschädigung gemäß Art. 78 GebT ausgesprochen wird, darf auch diese zu den Betreibungskosten gezählt werden, die der Gläubiger gegebenenfalls zu seiner Forderung hinzuschlagen darf [102]).

cc) Die Konkurskosten

Sämtliche aus der Eröffnung und Durchführung eines Konkurses entstehenden Kosten werden vorab aus dem Konkursvermögen gedeckt (Art. 262 SchKG). Nach der Praxis des Bundesgerichtes sind zu den Konkurseröffnungskosten auch die Entscheidgebühr für das Konkurserkenntnis und die Gebühr für die Ausstellung und die Zu-

[99]) BGE 71 III 146 (für den Fall der Aberkennungsklage).
[100]) Jäger N. 1 zu Art. 68; Blumenstein S. 128.
[101]) Vgl. dazu Fritzsche S. 98 und Eichenberger S. 259.
[102]) Jäger N. 1 zu Art. 68.

stellung dieses Erkenntnisses zu zählen. Nicht dazu zu zählen sind hingegen die Parteientschädigungen, welche dem die Konkurseröffnung beantragenden Gläubiger im Konkurserkenntnis oder bei der Abweisung einer Berufung gegen dieses Erkenntnis zugesprochen werden. Diese müssen deshalb nicht vorab gedeckt werden [103]). Dazu wird im betreffenden Bundesgerichtsentscheid weiter ausgeführt: «Wenn gestattet wurde, die Rechtsöffnungskosten samt den Parteientschädigungen für dieses Verfahren ohne eine neue Betreibung (in der es wieder zum Rechtsvorschlag und zur Rechtsöffnung kommen könnte) geltend zu machen, so geschah dies aus dringenden Gründen der Zweckmäßigkeit, namentlich auch zur Vermeidung der Gefahr einer endlosen Trölerei des Schuldners. Zugunsten der Vorabdeckung der Parteientschädigung im Konkurseröffnungsverfahren lassen sich ähnliche Gründe nicht anführen. Die Rücksicht auf die Interessen der Gesamtheit der Gläubiger spricht im Gegenteil für eine einschränkende Auslegung des Begriffes der aus der Konkurseröffnung erwachsenden Kosten im Sinne von Art. 262 SchKG [104]).»

Reicht das Konkursvermögen zur Vorabdeckung der Kosten nicht aus und können diese auch nicht gemäß Art. 169 [105]) oder Art. 230 II und 231 II SchKG [106]) von einem Gläubiger einverlangt werden, so haftet dafür der Staat [107]). Die Kosten eines Konkurswiderrufs endlich hat der Schuldner zu tragen, wie auch alle übrigen bereits entstandenen Kosten [108]).

3. Die vorläufige Parteikostentragung (Kostenversicherung)

Zur Sicherung des obsiegenden Beklagten verpflichtet die aargauische ZPO den Kläger unter bestimmten Voraussetzungen und auf

---

[103]) BGE 80 III 82 Nr. 16.

[104]) BGE 80 III 83 Erw. 2.

[105]) Nach Art. 169 SchKG haftet der Gläubiger, der das Konkursbegehren gestellt hat, für alle Kosten, die bis zur ersten Gläubigerversammlung entstehen. Zu diesen Kosten sind auch die richterlichen Gebühren für die Einstellung des Konkurses (Art. 230 SchKG) und für die Anordnung des summarischen Konkursverfahrens (Art. 231 SchKG) zu zählen.
Vgl. dazu Jäger N. 4 zu Art. 230 SchKG.

[106]) Nach Art. 230 und 231 SchKG wird ein Gläubiger, der die Durchführung des ordentlichen Konkursverfahrens verlangt, für die gesamten Konkurskosten kostenpflichtig, sofern kein genügendes Konkursvermögen gefunden wird.
Vgl. dazu auch: Blumenstein S. 673; Jäger N. 8 zu Art. 230 und N. 7 zu Art. 231 SchKG.

[107]) Vgl. dazu Jäger N. 3 zu Art. 262 SchKG.

[108]) Vgl. dazu: Blumenstein S. 613/14; Jäger N. 2 zu Art. 195 SchKG.

Verlangen des Beklagten, den Ersatz der Parteikosten sicherzustellen (§ 74 ZPO). Die Kostenversicherung kann nicht nur in einem ordentlichen, sondern auch in einem summarischen Verfahren verlangt werden. In den betreibungsrechtlichen Fällen wohl dann, wenn der GebT eine Parteientschädigung vorsieht.

Da die Kostenversicherung eine sogenannte verzichtbare Prozeßvoraussetzung ist [109], wird deren Vorliegen auch im summarischen Verfahren nie von Amtes wegen, sondern immer nur auf fristliche Einrede hin geprüft [110]).

§ 8 Das Verfahren

I. Die Einleitung des Verfahrens

1. Der Sühneversuch

Gemäß § 7 Ziff. 5 ZPO braucht einem summarischen Verfahren, wie übrigens auch allen andern besonderen Verfahren, ein friedensrichterlicher Vermittlungsversuch nicht voranzugehen. Der Wegfall des Sühneversuchs im summarischen Verfahren ergibt sich schon aus der Natur dieses Prozesses, der dadurch nur ungebührlich in die Länge gezogen und verzögert würde [1]). Damit ist dem summarischen Richter die Möglichkeit gegeben, unter Umständen in vermittelndem Sinne tätig werden zu können.

2. Das Klagebegehren

Da nach dem Wortlaute des Gesetzes erst die Bestreitung des Rechtsvorschlages gegen ein Verbot durch den Verbotsnehmer ein summarisches Verfahren auslöst (§ 267 I ZPO), ergeben sich für diesen Fall einige von den Bestimmungen des § 318 ZPO abweichende Besonderheiten, auf die im folgenden jeweils hingewiesen werden wird.

a) Die Form des Begehrens

Das Klagebegehren ist stets schriftlich beim zuständigen Gerichtspräsidenten einzureichen (§ 266 I und § 318 II ZPO). Die Erklärung

---

[109]) VJS 43 37.

[110]) Eichenberger S. 74. — Über die Zulässigkeit der fristlichen Einreden im summarischen Verfahren siehe unten.

[1]) Vgl. dazu Jäger N. 1 zu Art. 84 SchKG.

des Rechtsvorschlages gegen ein Verbot unterliegt deshalb dem Anwaltsmonopol [2]), während in allen betreibungsrechtlichen Fällen das Begehren auch von jedem handlungsfähigen Vertreter gestellt werden darf, da die §§ 18 und 20 EGSchKG das summarische Verfahren nur für anwendbar erklären, soweit eine Verhandlung erforderlich ist [3]).

Es ist nicht ganz ersichtlich, wieso das Gesetz ausgerechnet im summarischen Verfahren ein schriftlich abzufassendes Gesuch verlangt, während beispielsweise im beschleunigten, wie auch im Befehlsverfahren das Klagebegehren beliebig mündlich oder schriftlich angebracht werden kann (§§ 247 und 314 ZPO). Was in jenen Verfahren im Interesse der Vereinfachung und der rechtzeitigen Klageanbringung zugelassen wird, sollte meines Erachtens gerade auch im summarischen Verfahren Geltung besitzen.

b) Die Befristung des Gesuchs

aa) Der Rechstvorschlag gegen ein Verbot ist an eine Frist von 10 Tagen seit der Zustellung oder Bekanntmachung des Verbots gebunden (§ 266 I ZPO). Bei Versäumung der Frist kann aber bei einem Verbot, das gegen eine bestimmte Person gerichtet ist, beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen die Wiederherstellung gemäß § 103 ZPO verlangt werden. Ob aber auch § 293 ZPO analog zur Anwendung kommen soll, wenn die Frist für den Rechtsvorschlag gegen ein allgemeines Verbot versäumt worden ist, erscheint nach Keller-Pfisterer [4]) als zweifelhaft. Wenn dies auch an und für sich wünschenswert wäre, so erweist es sich doch als nicht unbedingt notwendig, da ein Verbot jederzeit auch durch ein Urteil im ordentlichen Prozeß aufgehoben werden kann (§ 269 I ZPO).

bb) Für die Stellung des Begehrens in den betreibungsrechtlichen Fällen ergeben sich aus § 318 ZPO keine Befristungen. Solche können jedoch aus dem Betreibungsrecht selber hervorgehen. So hat beispielsweise der Gläubiger die in den Art. 88 II, 154 I und 166 SchKG aufgestellten Fristen zu beachten, soll ihm die Möglichkeit der Fort-

---

[2]) So Eichenberger S. 236. Vgl. auch Keller-Pfisterer N. 2 zu § 266. Abzulehnen ist demnach VJS 12 40 Nr. 16, wo der schriftliche Rechtsvorschlag nicht dem Anwaltsmonopol unterstellt wird.

[3]) Vgl. dazu Eichenberger S. 62 und 257. Ebenso Keller-Pfisterer, die ausführen, daß solche Begehren nicht als eigentliche Klagen im Sinne der ZPO aufzufassen seien, sondern vielmehr als Aktionen zur Fortsetzung der Betreibung (N. 4 zu § 318).

[4]) N. 2 zu § 266 ZPO.

setzung der Betreibung erhalten bleiben [5]). Ein Begehren um Aufhebung oder Einstellung der Betreibung nach Art. 85 SchKG kann vom Schuldner natürlich nur so lange gestellt werden, als noch eine gültige Betreibung besteht [6]). Ein nachträglicher Rechtsvorschlag kann nur bis zur Verwertung oder Konkurseröffnung erfolgen (Art. 77 I SchKG), und darüber hinaus muß er binnen drei Tagen seit Wegfall des Hindernisses beim Richter angebracht werden (Art. 77 II SchKG). Der Rechtsvorschlag in der Wechselbetreibung muß binnen 5 Tagen seit Zustellung des Zahlungsbefehls erhoben werden (Art. 178 Ziff. 3 SchKG): zu beachten ist hier auch, daß eine Wiedereinsetzung in der Form eines nachträglichen Rechtsvorschlages nicht möglich ist [7]). Das Recht zur Stellung eines Konkursbegehrens nach durchgeführter Wechselbetreibung erlöscht mit dem Ablauf eines Monats seit Zustellung des Zahlungsbefehls, wobei allerdings gegebenenfalls die Zeit zwischen Eingabe und Entscheid über einen Rechtsvorschlag und zwischen Anhebung und Erledigung der gerichtlichen Klage (gemäß Art. 186 SchKG) nicht in Berechnung fällt (Art. 188 II SchKG). Das Konkursbegehren nach durchgeführter ordentlicher Betreibung kann indessen erst nach 20 Tagen seit Zustellung der Konkursandrohung an den Schuldner (Art. 166 I SchKG), muß aber vor Ablauf eines Jahres seit Zustellung des Zahlungsbefehls gestellt werden (Art. 166 II SchKG). Aber auch hier fällt die Zeit während der Anhebung und Erledigung der gerichtlichen Klage nicht in Betracht. Der Konkurswiderruf durch den Schuldner endlich kann vom Ablauf der Eingabefrist an bis zum gerichtlichen Schlußerkenntnis (gemäß Art. 268 SchKG) erfolgen (Art. 195 II SchKG) [8]).

Das SchKG regelt die Folgen der Fristversäumnis nirgends ausdrücklich. Es wird jedoch angenommen, daß eine versäumte Vorkehr nicht nachgeholt werden kann. Eine Wiedereinsetzung kennt das Gesetz nur im Falle des Art. 77 SchKG. Daraus ist der Schluß gezogen worden, daß im übrigen jede Wiederherstellung ausgeschlossen sei [9]). Hingegen kann im Beschwerdeverfahren die Wiederherstellung gemäß kantonalem Prozeßrecht gewährt werden [10]).

---

[5]) Jäger N. 8 zu Art. 80 SchKG.
[6]) Vgl. dazu: Blumenstein S. 314; Jäger N. 7 zu Art. 85.
[7]) Vgl. dazu: Blumenstein S. 585; Jäger N. 7 zu Art. 178.
[8]) Blumenstein S. 611/12.
[9]) Vgl. dazu: Fritzsche S. 85 und Jäger N. 4 zu Art. 33 SchKG.
[10]) Die Art. 17 ff. SchKG betreffend Beschwerdeführung kommen eben im Pro-

c) Die Begründung des Gesuchs

aa) Der Rechtsvorschlag gegen ein Verbot muß begründet werden, andernfalls hätte eine Zustellung an den Verbotsnehmer zur Vernehmlassung keinen Sinn. Gemäß § 266 ZPO kann der Verbotsgegner ganz oder doch teilweise den Bestand des dem Verbot zugrunde liegenden Rechts bestreiten, er kann aber auch nur die vom Verbotsnehmer vorgelegten Ausweise bemängeln (§§ 259/60 ZPO).

Nach Eichenberger [11]) zählt § 266 ZPO die dem Verbotsgegner zustehenden Einreden nicht abschließend auf. Es kann deshalb insbesondere auch die Zulässigkeit eines Verbots bestritten werden [12]). Ferner müssen dem Verbotsgegner auch Einreden aus dem Besitzesrecht zustehen, weil hier das kantonale Recht den Besitzesschutz durch einen prozeßstrafrechtlichen Schutz verstärken will [13]).

Obschon das Gesetz in § 266 ZPO vorschreibt, daß der Kläger seine Einwendungen zugleich mit der Stellung des Rechtsvorschlages zu bescheinigen habe, darf daraus nicht der Schluß gezogen werden, daß weitere Beweismittel ausgeschlossen werden wollten. Solche dürfen vielmehr auch in dem allfällig nachfolgenden summarischen Verfahren noch vorgebracht werden [14]).

bb) In § 318 ZPO wird, im Gegensatz zu § 314 ZPO (beschleunigtes Verfahren), für das summarische Verfahren, das hier für alle betreibungsrechtlichen Fälle gilt, eine Begründung nicht verlangt. In der Praxis wird aber, wenigstens in der Regel, das Gesuch dennoch begründet. Die Beweisurkunden müssen dem schriftlichen Klagebegehren beigelegt werden (§ 318 II ZPO). Es handelt sich jedoch auch hier bloß um eine Ordnungsvorschrift, so daß weitere Beweisurkunden bis zur Verhandlung oder auch an dieser selbst noch vorgelegt werden dürfen [15]).

---

zeßverfahren nicht zur Anwendung. Es bleibt den Kantonen grundsätzlich sogar überlassen, ob sie eine Weiterziehung an eine höhere Gerichtsinstanz vorsehen wollen oder nicht (Ausnahmen aber in Art. 174 und 185 SchKG). Vgl. dazu Blumenstein S. 112/14.

[11]) Eichenberger S. 236.

[12]) Vgl. dazu auch VJS 28 133 für die Einrede, das geschützte Objekt sei öffentliches Gut.

[13]) Vgl. dazu VJS 33 107.

[14]) Vgl. dazu VJS 10 33 Nr. 13.

[15]) Vgl. dazu: Eichenberger S. 257 Ziff. 3 b; Keller-Pfisterer N. 3 und 5 zu § 318 ZPO.

d) Die Zustellung des Klagebegehrens an den Beklagten

Beim Rechtsvorschlag gegen ein Verbot hat der Gerichtspräsident das Gesuch, ohne es vorher zu prüfen [16]), dem Gegner zur Vernehmlassung binnen 8 Tagen zuzustellen (§ 266 II ZPO). Erst wenn der Rechtsvorschlag durch den Verbotsnehmer bestritten wird, wird dadurch ein summarisches Verfahren ausgelöst, auf das die Bestimmungen des § 318 ZPO zur Anwendung kommen.

Nach § 318 ZPO wird das Klagebegehren dem Beklagten nicht zugestellt, dieser wird vielmehr sofort zur Verhandlung vorgeladen [17]).

3. Die Wirkungen des Klagebegehrens [18])

Das Bundesgericht hat entschieden, daß unter der Klageanhebung diejenige prozeßeinleitende oder vorbereitende Handlung des Klägers verstanden werden müsse, mit der er zum ersten Male in bestimmter Form den Schutz des Richters anrufe. Diesem Erfordernis, so wird ausgeführt, genüge insbesondere schon der Aussöhnungsversuch [19]). Wo ein solcher aber, wie beispielsweise im summarischen Verfahren, nicht erforderlich ist, gilt die Einreichung des Klagebegehrens als bundesrechtliche Klageanhebung. Mit der Postaufgabe der Klage wird die Verjährung und auch die Ersitzung unterbrochen, und es werden die bundesrechtlichen Fristen gewahrt [20]). Gewahrt werden gleichzeitig aber auch die prozessualen Fristen [21]).

4. Der Eintritt der Rechtshängigkeit

Nach aargauischem Prozeßrecht begründet erst die Zustellung der Klage an den Beklagten die Rechtshängigkeit [22]).

Beim Rechtsvorschlag gegen ein Verbot tritt die Rechtshängigkeit deshalb mit der Zustellung des Gesuches an den Verbotsnehmer ein. Wie aber verhält es sich, wenn, wie eben im summarischen Verfahren, das Klagebegehren dem Gegner gar nicht zugestellt wird? Grundsätzlich wären zwei Möglichkeiten denkbar: Eintritt der Rechtshän-

---

[16]) VJS 10 33/34.
[17]) Eichenberger S. 257 Ziff. 4.
[18]) Eichenberger S. 119 und 132.
[19]) BGE 42 II 333, 66 I 286 Erw. 2.
[20]) So auch die Fristen im SchKG.
[21]) So auch die im § 266 ZPO für die Einreichung eines Rechtsvorschlages gegen ein Verbot vorgeschriebene Frist.
[22]) VJS 34 61 und § 113 ZPO.

gigkeit mit der Einreichung des Klagebegehrens [23]) oder aber Eintritt derselben mit der Zustellung der Vorladung an den Beklagten. Meines Erachtens würde es dem Sinne der aargauischen ZPO eher entsprechen, wenn erst mit der Zustellung der Vorladung an den Beklagten die Rechtshängigkeit eintreten würde, weil eben erst in diesem Zeitpunkt das dreiseitige Prozeßrechtsverhältnis zwischen Gericht und Parteien zur Entstehung gelangt. Anders verhält es sich hingegen bei jenen betreibungsrechtlichen Verfügungen, die sich eher als Administrativverfügungen charakterisieren und bei denen Parteien gar nicht in Erscheinung treten, wie beispielsweise bei einem Schlußerkenntnis im Konkurs. Hier wird die Rechtshängigkeit wohl mit der Stellung des Begehrens beim Konkursgericht eintreten müssen.

Die Einrede der Rechtshängigkeit kann jedoch wohl nur im Verhältnis zu einem zweiten summarischen Prozeß bei Identität der Parteien und des Anspruchs erhoben werden. Im Verhältnis zu einem ordentlichen Verfahren kann diese Einrede nicht gegeben sein, weil in diesem in bezug auf denselben Gegenstand regelmäßig ein anderer Anspruch (aliud ius) geltend gemacht wird [24]).

II. Die Vorladung und Verhandlung

1. Damit die Verhandlung binnen 5 Tagen seit der Stellung des Begehrens stattfinden kann, wird sofort vorgeladen (§ 318 III ZPO). Die Mindestvorladungsfrist von 8 Tagen (§ 84 ZPO) gilt deshalb im summarischen Verfahren nicht [25]).

Die Verhandlung über den Rechtsvorschlag gegen ein Verbot hat jedenfalls 5 Tage nach der Zustellung der Bestreitung des Gesuches durch den Verbotsnehmer stattzufinden, so daß die Vorladung sofort nach dem Eintreffen der Antwort ergehen muß. Fraglich ist nur, wie dann vorzugehen ist, wenn das Gesuch um Gewährung des Rechtsvorschlages vom Verbotsnehmer gar nicht beantwortet wird. Das Gesetz enthält darüber keine Bestimmung. Keller-Pfisterer [26]) nehmen aber an, daß in diesem Falle § 91 ZPO (Folgen der ersten Säumnis) zur Anwendung zu kommen habe, obschon die dortige Frist-

---

[23]) So beispielsweise Bern Art. 160 I und 307 II ZPO, Zürich § 121 ZPO, Bund Art. 21 BZP.
[24]) Vgl. dazu Matti S. 1115.
[25]) VJS 23 63.
[26]) N. 1 zu § 267 ZPO.

erstreckung von 10—20 Tagen zu der Frist von § 266 II ZPO in keiner Weise passe. Es wird sich gerade im summarischen Verbotsstreit rechtfertigen, die Fristerstreckung in jedem Falle auf 10 Tage zu beschränken. Damit kann eine gewisse Angleichung an die 8tägige Frist von § 266 ZPO erreicht werden, ganz abgesehen davon, daß sich ein solches Vorgehen ohnehin schon aus der summarischen Natur dieses Verfahrens ableiten läßt.

Anderseits aber sei hier festgestellt, daß eine Fristerstreckung, auch wenn man sie auf 10 Tage beschränken will, keineswegs der Natur und dem Wesen eines summarischen Verfahrens entspricht. Man könnte sich deshalb fragen, ob man dem Gerichtspräsidenten nicht erlauben sollte, die Parteien sofort nach unbenütztem Ablauf der 8tägigen Frist zur Verhandlung vorzuladen, wobei dann, wenn der Verbotsnehmer auch an der Verhandlung nicht erscheinen sollte, auf Grundlage der Akten entschieden werden könnte. Einem solchen Vorgehen steht allerdings die klare Vorschrift von § 267 ZPO entgegen, wonach eben erst die Bestreitung des Rechtsvorschlages ein summarisches Verfahren auslöst. Immerhin ließe sich dies umso mehr auch darum verantworten, weil dem Verbotsnehmer ja immer noch der ordentliche Prozeßweg offen stehen würde.

2. Kläger und Beklagtem ist das Erscheinen zur Verhandlung freigestellt. Erscheinen die Parteien nicht, so wird, ohne daß eine zweite Vorladung im Sinne von § 85 ZPO erfolgen müßte, auf Grundlage der Akten entschieden. Die Vorladung des Beklagten zur Verhandlung muß allerdings die Androhung enthalten, daß auf Grundlage der Akten entschieden werde, falls er ausbleiben sollte (§ 318 IV ZPO). Der Säumige geht aber dabei nicht etwa seines Rechtsanspruches verlustig, sondern er begibt sich lediglich derjenigen Vorteile, die er durch Vornahme der betreffenden Handlungen hätte gewinnen können. Er verzichtet also nur in dem Sinne auf seine Verteidigung, als das Klagebegehren nicht in vollem Umfange auf Begründet- oder Nichtbegründetsein untersucht wird [27]). Nach der Praxis sind jedoch insbesondere auch schriftliche Eingaben zu berücksichtigen [28]).

---

[27]) VJS 45 87 Nr. 25; Keller-Pfisterer N. 5 zu § 85 ZPO. § 85 ZPO darf nach der neueren Praxis nicht mehr im Sinne der poena confessi ausgelegt werden.

[28]) Vgl. dazu: Jäger N. 1 zu Art. 84; Obergericht i. S. A. g. V. vom 30. Okt. 1942, L. g. B vom 23. Nov. 1945.

3. Die Zulässigkeit der fristlichen Einreden (§ 114 ZPO)

Das Institut der fristlichen Einrede ist nicht nur im ordentlichen, sondern auch im summarischen Verfahren zulässig, wie das schon aus § 318 V ZPO ausdrücklich hervorgeht. Entgegen der in § 114 ZPO aufgestellten Regel können aber im summarischen Verfahren die Zwischenentscheide über die fristlichen Einreden nur mit dem Haupturteil weiter gezogen werden (§ 318 ZPO). Diese Vorschrift ist im Interesse einer beschleunigten Erledigung der Sache aufgestellt worden.

Ein die fristliche Einrede abweisender Zwischenentscheid kann nicht selbständig angefochten werden. Wie verhält es sich jedoch dann, wenn eine fristliche Einrede gutgeheißen wird? Nach Eichenberger [29]) ist eine solche Gutheißung nicht als bloßer Zwischenentscheid anzusehen. Der Autor vertritt dabei, im Gegensatz zu der obergerichtlichen Praxis [30]), die Auffassung, daß zwischen der Geltendmachung eines sogenannten unheilbaren (§ 114 lit. a und b ZPO) und der Geltendmachung eines heilbaren Mangels (§ 114 lit. c—e ZPO) kein Unterschied gemacht werden dürfe, da auch im zweiten Falle die Fortsetzung des Verfahrens nur dann möglich sei, wenn der Gegner innert der Frist, die ihm auf Verlangen der Einrede erhebenden Partei gesetzt worden ist, den Mangel beseitige. Im übrigen bestehen aber auch nach Eichenberger keine grundsätzlichen Bedenken, den obergerichtlichen Entscheid, der sich für das Befehlsverfahren ausspricht, auch auf das summarische Verfahren zur Anwendung zu bringen. In jenem Entscheid (VJS 39 108) wird ausgeführt, daß gleichzeitig über die fristliche Einrede und eventuell auch zur Hauptsache verhandelt werden könne. Der Richter, der die fristliche Einrede in einem — wo möglich — mündlich zu eröffnenden Zwischenentscheid ablehne, könne gleich materiell entscheiden. Werde aber ein die fristliche Einrede gutheißender Entscheid an den oberen Richter weitergezogen, so könne dieser, wenn er zur Abweisung der fristlichen Einrede komme, sofort zur Hauptsache entscheiden, sofern ein weiteres Beweisverfahren nicht nötig sei.

---

[29]) S. 258.

[30]) VJS 39 107: Hier wird, allerdings für das Befehlsverfahren, ausgeführt, daß die selbständige Weiterziehung eines Entscheides über die fristliche Einrede nur dann denkbar sei, wenn mit ihr ein sogenannter unheilbarer Mangel einer Prozeßvoraussetzung (§ 114 lit. a und b) geltend gemacht und vom Richter gutgeheißen werde. Der erstinstanzliche Entscheid würde sich dann als End-

Diese Lösung, die also eine separate Verhandlung über die fristliche Einrede verhindert, entspricht unzweifelhaft der Natur des summarischen Verfahrens, wo tunlichst darauf Bedacht genommen werden sollte, jede Verzögerung zu vermeiden.

Keller-Pfisterer [31]) gehen allerdings noch weiter, indem sie annehmen, daß in jedem Falle über die fristliche Einrede und gleichzeitig auch zur Hauptsache verhandelt werden müsse. Der Richter hätte deshalb im gleichen Urteil über das Hauptbegehren und über die fristliche Einrede zu entscheiden.

III. Die Beweisführung

1. Auch im summarischen Verfahren spielt der Beweis eine bedeutende Rolle. Es darf selbstverständlich nur dann etwas zugesprochen werden, wenn der Beweis dafür erbracht worden ist. Dennoch aber findet ein eigentliches Beweisverfahren im summarischen Prozeß in der Regel nicht statt. Das findet darin seine Begründung, daß in diesem Verfahren alles vermieden werden soll, was den flüssigen Ablauf stören und hemmen könnte. Die einschneidendste Vorschrift besteht wohl darin, daß die behaupteten Tatsachen sofort bewiesen werden müssen. Ferner werden oft auch die Beweismittel beschränkt, und in vielen Fällen genügt auch bloßes Glaubhaftmachen der dem Anspruch zugrunde liegenden Tatsachen. Es versteht sich, daß dadurch für die Parteien schwere Beschränkungen entstehen können. Ohne eine solche Einschränkung beider Parteien, insbesondere des Verteidigungsrechtes des Beklagten, würde das summarische Verfahren aber seinen Wert verlieren, da es unter solchen Umständen niemals rasch zum Ziel führen könnte [32]).

Nach aargauischem Recht ist der Beweis für die behaupteten Tatsachen bereits mit der Anbringung des Klagebegehrens zu erbringen (§§ 266 und 318 II ZPO). Doch handelt es sich dabei, wie oben bereits erwähnt wurde, um eine bloße Ordnungsvorschrift, so daß der Beweis auch noch später, spätestens aber an der Verhandlung selbst, erbracht werden kann. Alle übrigen Tatsachen indessen, für die der Beweis bis zu jenem Zeitpunkt nicht erbracht werden kann, werden nicht gehört.

---

entscheid in dem Sinne darstellen, daß der gleiche Richter in der Sache nicht mehr angerufen werden könne.

[31]) N. 3 zu § 74 und N. 2 zu § 114 ZPO.

[32]) Vgl. dazu auch oben S. 23 f.

Auch im aargauischen Recht hat sich die Auffassung durchgesetzt, daß der Beweis nicht nur in objektiver Hinsicht bezüglich der zu beweisenden Tatsachen, sondern auch in qualitativer Hinsicht beschränkt sei. So genügt es nicht nur in einigen betreibungsrechtlichen Fällen (Art. 82 II und Art. 182 Ziff. 2—4 SchKG), wenn die behaupteten Tatsachen bloß glaubhaft gemacht werden, sondern die Glaubhaftmachung wird insbesondere auch für den Gegenbeweis des Verbotsbeklagten, der Recht vorschlägt, zugelassen (§ 266 ZPO) [33]). Der Richter darf also schon dann die Behauptung seiner Entscheidung zugrunde legen, wenn er von der Wahrheit zwar nicht vollständig, weil nicht alle Zweifel restlos beseitigt sind, aber doch größtenteils überzeugt ist [34]).

2. Die Beweismittel

Im gemeinen Recht wurde vielfach zwischen schleunigen und langsamen Beweismitteln unterschieden. Das führte dazu, daß aus diesem Grunde nicht alle Beweismittel zu einer unverzüglichen Beweisführung für tauglich erachtet wurden. Als tauglich erschienen vor allem Urkunden. Briegleb [35]) wies aber die Haltlosigkeit dieser Lehre für den summarischen Prozeß nach. Er führte aus, daß an und für sich jedes Beweismittel zulässig sei, sofern es nur das Verfahren nicht verzögere.

aa) Dieser Ansicht hat sich auch die aargauische Praxis angeschlossen. So werden beim Entscheid über den Rechtsvorschlag gegen ein Verbot, also dort wo allein § 318 ZPO gilt, grundsätzlich alle Beweismittel für zulässig erklärt, wenn nur dadurch nicht eine mit der Natur des summarischen Verfahrens in Widerspruch stehende Verzögerung bewirkt wird [36]). Neben Urkunden im Original oder in beglaubigter Abschrift, schriftlichen Erklärungen glaubwürdiger Zeugen und Gutachten von Sachverständigen werden namentlich auch Augenschein und Zeugenaussagen, sofern die Zeugen zur summarischen Verhandlung mitgebracht werden, für zulässig erklärt. In einem Urteil des Obergerichtes wird ausgeführt, daß dem Einsprecher der Nachweis genüge, daß das Recht des Verbotsnehmers nicht im be-

[33]) AGVE 48 28 Nr. 6.
Hingegen wird bloße Glaubhaftmachung des Rechts nicht als bloße Grundlage für ein Recht anerkannt.

[34]) Vgl. dazu: Eichenberger S. 164; Jäger N. 11 zu Art. 82 SchKG; Rosenberg S. 495.

[35]) S. 310 ff.

[36]) Vgl. dazu: VJS 05 92; Eichenberger S. 258.

haupteten Umfange bestehe. Als glaubwürdige Bescheinigung im Sinne von § 266 ZPO genüge auch der mit Willen des Eigentümers erlangte, längere Zeit unangefochten ausgeübte Besitz oder Mitbesitz des Einsprechers. Durch diesen Besitz werde nämlich die Vermutung für ein Recht, welches das Eigentum des Verbotnehmers beschränke, begründet [37]).

bb) Im SchKG findet sich jedoch für einzelne Fälle eine Beschränkung der Beweismittel auf Urkunden (Art. 81 I, 82 I, 85, 172 Ziff. 3, 182 Ziff. 1 SchKG). Soweit das Bundesgesetz diesbezügliche Vorschriften aufstellt, sind die Kantone selbstverständlich daran gebunden. Die Urkunden, auf die sich der Gläubiger stützt, sind auch in diesen betreibungsrechtlichen Fällen spätestens bei der Verhandlung vorzulegen. Befinden sich Urkunden in Händen Dritter, so wird deren Inhaber, wenn er als Zeuge zur Verhandlung mitgenommen wird, vernommen werden dürfen. Urkunden, die sich aber im Besitze der Gegenpartei oder Dritter befinden, können nach Jäger [38]) nur dann ins Recht verlangt und zur Beweisführung verwendet werden, wenn ein diesbezügliches Erkenntnis innert der Frist von 5 Tagen seit der Stellung des Begehrens erlassen und befolgt werden kann.

Die teilweise Beschränkung der Beweismittel auf Urkunden im SchKG ergibt sich meines Erachtens wohl kaum daraus, daß man in schleunige und nichtschleunige Beweismittel unterscheiden wollte, sondern wohl vielmehr aus der Überlegung heraus, daß ein sicherer Nachweis für die Berechtigung des Begehrens in allen jenen Fällen nur durch Urkunden erbracht werden kann. Dadurch verhindert man aber auch, daß ungerechtfertigte Betreibungen zur Durchführung gelangen können.

Soweit das SchKG keine Beschränkungen hinsichtlich der Beweismittel aufstellt, dürfen sie alle verwendet werden, wenn sie nur innerhalb der 5tägigen Frist vorgebracht und verwendet werden können [39]). Die Summarietät des Verfahrens verlangt aber auch in den betreibungsrechtlichen Fällen, daß Zeugen, sollen sie berücksichtigt werden können, gleich zur Verhandlung mitgebracht werden [40]). Als taugliches Beweismittel, selbst in jenen Fällen, wo das SchKG aus-

---

[37]) VJS 19 57 Nr. 15 Ziff. 3.
Vgl. auch: Keller-Pfisterer N. 3 zu § 266 ZPO; Urteil des Obergerichtes i. S. Wüthrich ca. Käppeli vom 11. Juli 1941; VJS 05 92 Nr. 82 a. E.

[38]) N. 1 Abs. 2 zu Art. 84 SchKG.

[39]) So auch Jäger N. 1 zu Art. 84 SchKG.

[40]) Vgl. dazu: Eichenberger S. 258.

drücklich Urkundenbeweis vorschreibt, erweist sich selbstverständlich auch das Geständnis. In einem solchen Falle fällt für den Gegner die Beweispflicht für seine Behauptungen dahin [41]).

cc) Das summarische Verfahren darf durch die Erhebung von Beweisen nicht zu weitläufig und zu kostspielig werden, weil sein eigentlicher Zweck dadurch vereitelt würde. In der Regel wird der Richter deshalb auf Vertagungsanträge zum Zwecke weiterer Beweiserhebungen (z. B. Vorladung von Zeugen) nicht eintreten [42]). Die vorgebrachten Beweise müssen eben liquid sein. Ausnahmsweise wäre wenigstens dann eine Vertragung denkbar, wenn der Entscheid trotzdem noch innerhalb der 5tägigen Frist gefällt werden könnte.

3. Die Zulässigkeit des Editionsverfahrens

Ein Beweisführer, der nicht im Besitze der Urkunde ist, hat das Editionsverfahren einzuleiten (§ 166 ZPO). Diese Bestimmung kann jedoch nur für das ordentliche und das beschleunigte Verfahren Geltung besitzen. Die besondere Natur des summarischen Verfahrens, das keine Verzögerungen duldet, schließt das Editionsverfahren in der Regel aus [43]).

IV. Abschluß des Verfahrens

1. Allgemeines [44])

Der Entscheid des Richters im summarischen Verfahren unterscheidet sich wesentlich vom Urteil in einem ordentlichen Verfahren. Der richterliche Entscheid beruht, wie schon mehrfach betont worden ist, nicht auf einer umfassenden und abschließenden Prüfung der gesamten Rechts- und Sachlage. Auch wird gemäß § 318 V ZPO eine kontradiktorische, mündliche Verhandlung nicht vorausgesetzt. Ferner unterscheidet sich der summarische Entscheid in seinen Wirkungen, wie noch gezeigt werden soll, wenigstens teilweise von denjenigen eines Urteils.

---

[41]) Vgl. dazu: VJS 42 123 Nr. 39 Ziff. 3 a; Jäger N. 8 zu Art. 81 SchKG.

[42]) Vgl. dazu: Meier S. 49/50; Reinert S. 53.

[43]) Vgl. dazu: Eichenberger S. 174; VJS 11 42 (für das Rechtsöffnungsverfahren); ZbJV 73 190.

[44]) Vgl. dazu Matti S. 1113/14.

2. Der summarische Entscheid

Die ZPO enthält in § 318 keine Bestimmung darüber, innert welcher Frist der Entscheid getroffen werden soll. Doch darf angenommen werden, daß regelmäßig am Tage der Verhandlung entschieden werden soll.

Das SchKG hingegen enthält für drei Einzelfälle diesbezügliche Bestimmungen. So ist der Rechtsöffnungsentscheid, wie auch der Entscheid über den Rechtsvorschlag in der Wechselbetreibung binnen 5 Tagen (Art. 84 und 181 SchKG), der Entscheid über das Konkursbegehren nach durchgeführter Wechselbetreibung binnen 3 Tagen (Art. 189 SchKG) seit der Stellung des Begehrens zu fällen.

Es soll hier noch darauf hingewiesen werden, daß auch Konkurserkenntnisse, nach der allgemeinen Regel der §§ 22 und 23 GOG, vom versammelten Gerichte erlassen werden müssen. Insbesondere darf ein Entscheid nicht etwa schon auf Grund einer telephonischen Rundfrage bei den Richtern ausgesprochen werden [45]).

Gerichtsurkunden werden dem Adressaten oder seinem Bevollmächtigten zugestellt. Sie dürfen aber auch jedem mit ihm in ungetrenntem Haushalt lebenden erwachsenen Familienmitglied ausgehändigt werden, sofern die Urkunde nicht den auffälligen Vermerk «eigenhändig» aufweist. Als befugt gilt jede urteilsfähige über sechzehn Jahre alte Person [46]).

3. Die Rechtskraft des summarischen Entscheids

Die aargauische ZPO enthält für den Eintritt der Rechtskraft bei den summarischen Entscheiden keine besondere Bestimmung.

a) Die formelle Rechtskraft

Die formelle Rechtskraft tritt im summarischen Verfahren dann ein, wenn der Entscheid nicht oder nicht mehr durch Beschwerde angefochten werden kann. Das bedeutet Unabänderlichkeit und Unanfechtbarkeit des Entscheides im anhängigen summarischen Verfahren. Damit wird die Instanz abgeschlossen, und die Rechtshängigkeit wird beendet [47]).

Nicht in allen Fällen kommt der Weiterziehung des erstinstanzlichen Entscheides Suspensiveffekt zu [48]), so daß gegebenenfalls die Vollstreckung nicht gehemmt wird.

---

[45]) Urteil des Obergerichtes i. S. G. K. B. ca. G. vom 15. Nov. 1946.
[46]) KS des Obergerichtes in AGVE 49 103.
[47]) Vgl. dazu Matti S. 1093.
[48]) Vgl. dazu auch unten S. 98 ff.

b) Die materielle Rechtskraft

Sie tritt zusammen mit der formellen Rechtskraft ein. Sie wirkt sich in einem späteren Prozeß aus, indem sie die Einrede der beurteilten Sache begründet.

Eine solche Wirkung kann aber einem Entscheid aus einem summarischen Verfahren nicht uneingeschränkt zukommen. Jedenfalls sind die im summarischen Verfahren ergehenden Entscheide für den ordentlichen Richter nicht verbindlich, d. h. sie sind im Verhältnis zu einem nachfolgenden ordentlichen Prozeß der materiellen Rechtskraft nicht fähig.

aa) So kann gemäß § 269 I ZPO ein Verbot, wird der Rechtsvorschlag vom Gerichtspräsidenten und vom Obergericht abgewiesen, immer noch durch gerichtliches Urteil auf dem ordentlichen Prozeßweg aufgehoben werden. Mit der Klage auf Aufhebung des Verbotes kann daneben unter Umständen auch die Löschung oder Abänderung eines ungerechtfertigten Grundbuch-Eintrags (Art. 975 ZGB) und die Klage auf Schadenersatz (Art. 41 OR) [49]) verbunden werden. Wird die Klage aber unterlassen, so riskiert man Ersitzungsfolgen (Art. 661, 731 III ZGB) [50]). Auch der Verbotsnehmer, der im Verfahren um die Bewilligung des Rechtsvorschlages unterlegen ist, kann noch den ordentlichen Prozeßweg betreten und versuchen, vor dem ordentlichen Richter durchzudringen; der Entscheid aus dem summarischen Verfahren kann ihm nicht entgegen gehalten werden. Zu beachten ist, daß weder so noch so im nachfolgenden ordentlichen Prozeß für oder gegen eine Partei etwas bewiesen ist [51]). Zu erwähnen bleibt noch, daß ein rechtskräftig erlassenes Verbot nicht unbeschränkte Geltungsdauer besitzt. Sofern nicht eine kürzere Frist bestimmt worden ist, fällt es, auch ohne gerichtliches Urteil aus einem ordentlichen Verfahren, nach Ablauf von 10 Jahren dahin (§ 269 I ZPO). Es kann jedoch um Erneuerung nachgesucht werden, ohne daß dafür eine Gebühr erhoben werden darf (§ 270 ZPO).

bb) Bei Verfügungen nach SchKG wird, wie bereits erwähnt, nicht über den materiell-rechtlichen Anspruch als solchen, sondern bloß über dessen Vollstreckbarkeit in der betreffenden Betreibung entschieden. Ihnen kann deshalb in bezug auf ein ordentliches Verfahren, in welchem über den materiellen Anspruch entschieden wird,

---

[49]) SchnSlg. II Nr. 438.
[50]) Vgl. dazu Keller-Pfisterer N. 4 zu § 267 ZPO.
[51]) Vgl. dazu: Keller-Pfisterer N. 2 zu § 267 ZPO; SchnSlg. II Nr. 435.

keine materielle Rechtskraft zukommen. Das SchKG selber sieht denn auch schon Korrekturen durch ordentliche Klagen vor, so die Leistungsklage nach Art. 79, die Aberkennungsklage nach Art. 83 II und die Rückforderungsklage nach Art. 86 und 187. Mit der betreibungsrechtlichen Rückforderungsklage kann alles zurückgefordert werden, was an den Gläubiger bezahlt werden mußte, also nicht nur der Betrag der Nichtschuld, sondern auch Zinse und Betreibungskosten [52]). Eine weiter gehende Verpflichtung, beispielsweise zur Bezahlung von Schadenersatz nach Art. 41 OR, besteht aber nicht [53]). Hingegen sieht das SchKG in Art. 273 für den Fall eines ungerechtfertigten Arrestes eine Schadenersatzklage vor. Diese Haftung des Gläubigers besteht von Gesetzes wegen, ohne daß es des Nachweises irgend eines Verschuldens bedürfte. Sie beschränkt sich jedoch auf den unmittelbaren Vermögensschaden (inklusive Gewinnausfall). Eine weiter gehende Schadenersatzpflicht wird nur dann bestehen, wenn der Schuldner den Beweis für ein Verschulden im Sinne von Art. 41 OR erbringen könnte [54]).

cc) Wie aus den vorstehenden Darlegungen hervorgeht, kann also einem summarischen Entscheid gegenüber einem ordentlichen Verfahren keine Bedeutung zukommen. Der summarische Richter, beispielsweise der Rechtsöffnungsrichter, wird es deshalb ablehnen, einen Entscheid zu treffen, wenn für die gleiche Forderung bereits gerichtliche Klage (nach Art. 79 SchKG) erhoben worden ist, da seinem Urteil gegenüber demjenigen des ordentlichen Richters ohnehin keine Bedeutung zukommen würde. Die zürcherische Praxis hat denn auch in der Einklagung der Forderung im ordentlichen Verfahren einen Verzicht auf die Fortsetzung der für die gleiche Forderung angehobenen Betreibung erblickt und diese für unstatthaft erklärt [55]).

dd) Summarische Entscheide äußern jedoch für ein späteres summarisches Verfahren materielle Rechtskraftwirkung. Für das Verbotsverfahren ergibt sich das schon aus der gesetzlichen Bestimmung in § 269 I ZPO, wo gesagt wird, daß ein Verbot nur durch gericht-

---

[52]) Im Unterschied zur Rückforderungsklage nach Art. 64 OR, wo nur die Bereicherung zurückvergütet werden muß.

[53]) Vgl. dazu: Blumenstein S. 321; Jäger N. 9 zu Art. 86. Jäger nimmt allerdings an, daß den Gläubiger die Pflicht zum Schadenersatz und zur Bezahlung von Verzugszinsen dann treffen könne, wenn ihm der Vorwurf böswilligen oder leichtsinnigen Handelns gemacht werden könne.

[54]) Vgl. dazu: Jäger N. 2 zu Art. 273 SchKG.

[55]) Vgl. dazu: Sträuli-Hauser N. 1 zu § 277 ZPO; SJZ 9 S. 246.

liches Urteil aufgehoben werden könne. Aber auch einem Verbotsnehmer, der im Rechtsvorschlagsverfahren unterlegen ist, steht in einem neuen summarischen Verfahren bei Identität der Parteien und der Streitsache die Einrede der beurteilten Sache entgegen.

Hingegen haben der Entscheid über die Rechtsöffnung und derjenige über den Rechtsvorschlag in der Wechselbetreibung nur Bedeutung für die gleiche Betreibung, so daß also die Einrede der beurteilten Sache nur einem zweiten Gesuch innerhalb derselben Betreibung entgegen gehalten werden kann [56]). Es steht infolgedessen dem Gläubiger frei, falls er mit seinem Rechtsöffnungsgesuch vor dem summarischen Richter nicht durchgedrungen ist, die alte Betreibung fallen zu lassen und für die gleiche Forderung eine neue Betreibung einzuleiten, wobei er nötigenfalls wieder ein Rechtsöffnungsbegehren stellen kann, ohne die Einrede der beurteilten Sache gewärtigen zu müssen [57]).

4. Andere Erledigungsarten

a) Die zürcherische ZPO (§ 282) sieht vor, daß der summarische Richter einen Entscheid wegen Illiquidität der Sache ablehnen kann, was vor allem dann der Fall ist, wenn es zur Abklärung des Tatbestandes eines umfänglichen Beweisverfahrens bedürfen würde [58]). Eine solche Erklärung seitens des Richters im summarischen Prozeß kennt die aargauische ZPO nicht, obwohl sie wenigstens für den Fall des Rechtsvorschlages gegen ein Verbot grundsätzlich denkbar wäre. Eine solche Erklärung erweist sich nicht als unbedingt nötig. Der Richter wird das Begehren des Klägers, in unserem Falle des Verbotsgegners, wenn er seine Beweise nicht bis zur Verhandlung liquid machen kann, abweisen, so daß dieser, will er seine Rechte weiter verfolgen, wie bei der Illiquiditätserklärung, genötigt ist, seine Sache beim ordentlichen Richter anhängig zu machen.

Eine Illiquiditätserklärung wird aber auch durch das zürcherische Recht in allen Schuldbetreibungssachen abgelehnt. Soweit das SchKG Beweismittel anführt, müssen auch die entsprechenden Beweise abgenommen werden, und zwar auch dann, wenn unter Umständen Beweiserhebungen größeren Umfanges nötig werden sollten, die zu einer Weiterung des Verfahrens führen. Der Richter darf sich dem notwendig werdenden Beweisverfahren nicht mit dem Hinweis ent-

---

[56]) Vgl. dazu Matti S. 1116.
[57]) Vgl. dazu: Jäger N. 7 a. E. zu Art. 80 SchKG; VJS 23 59.
[58]) Vgl. dazu Sträuli-Hauser N. 2 zu § 282 zürch. ZPO.

ziehen, daß das der Natur des summarischen Verfahrens nicht entspreche, und daß dadurch insbesondere die beschleunigte Erledigung der Sache verhindert werde. Nach der bundesgerichtlichen Praxis hat sich das kantonale Prozeßrecht dem SchKG anzupassen, wenn dieses eine gewisse Ausgestaltung und Weiterung des Verfahrens verlangen sollte [59]). Umfangreichere Beweiserhebungen werden sich vor allem dann als nötig erweisen, wenn Vollstreckbarkeitsvoraussetzungen außerkantonaler und ausländischer Urteile (Art. 81 II und III SchKG) festgestellt werden müssen.

Auch der aargauische Richter hat sich selbstverständlich daran zu halten. Der Schuldner, der Beweismittel im Sinne des SchKG anbietet, darf auch dann nicht abgewiesen werden, wenn unter Umständen umfangreichere Beweiserhebungen notwendig werden sollten, die einen Entscheid binnen 5 Tagen seit der Stellung des Begehrens verhindern.

b) Das summarische Verfahren kann auch durch Anerkennung oder Rückzug des Begehrens, durch Vergleich oder infolge Gegenstandsloswerden erledigt werden. In jedem Falle ergeht ein richterlicher Erledigungsbeschluß. Solchen Beschlüssen kommt vernünftigerweise die gleiche Wirkung wie Urteilen zu. Eine Vollstreckung ist deshalb möglich, und einer erneuten richterlichen Prüfung steht wenigstens in einem summarischen Verfahren die Einrede der beurteilten Sache entgegen [60]).

Nach der Praxis des Obergerichtes zieht der Klagerückzug zwingend die Kostenfälligkeit des Klägers, die Klageanerkennung diejenige des Beklagten nach sich [61]). Nach Eichenberger wäre es aber richtiger, Klagerückzug und Klageanerkennung unter Vorbehalt des richterlichen Kostenentscheides zuzulassen [62]). Damit würde es dem Richter ermöglicht, stets einen der Sachlage gerecht werdenden Kostenentscheid zu fällen [63]). Die Kostenpflicht des Beklagten im Falle der Klageanerkennung kann gerade dort, wo ein friedensrichterlicher Vermittlungsversuch fehlt, unbillig sein, besonders wenn der Beklagte zur Klageerhebung keinen Anlaß gegeben hat.

Bei einem Vergleich kann die Kostenregelung dem Richter vorbehalten bleiben, während beim Gegenstandsloswerden die Kosten

---

[59]) BGE 61 I 271 Erw. 3.
[60]) Vgl. dazu: Eichenberger S. 203 ff.; Meier S. 55/56.
[61]) VJS 39 99, 42 151.
[62]) Vgl. dazu: Eichenberger S. 79; im gleichen Sinne auch Leuch N. 6 zu Art. 397.
[63]) Vgl. die §§ 53 und 54 ZPO.

regelmäßig jener Partei aufzuerlegen sind, die sie bei materieller Entscheidung hätte tragen müssen [64]).

Das Obergericht hat in einem Kreisschreiben [65]) festgestellt, daß bei der Abschreibung eines Konkursbegehrens oder bei der Abweisung infolge Ausweises der geleisteten Zahlung (Art. 172 Ziff. 3 SchKG) durch den Schuldner, den Parteien förmliche Erledigungsbeschlüsse zugestellt werden müssen. Damit wollte vor allem unlauteren Machenschaften seitens des Schuldners vorgebeugt werden. Die im Gebührentarif zum SchKG vorgeschriebenen Gebühren dürfen dabei verlangt werden.

5. Die Form der Verfügung

Darüber enthält § 318 ZPO keine Bestimmung. Das ist aber gar nicht notwendig, da man sich an die entsprechenden Vorschriften für das ordentliche Verfahren halten kann. Der summarische Entscheid hat deshalb gemäß § 138 ZPO Angaben über die beteiligten Parteien, ihre Begehren, den Tatbestand, die Erwägungen und den Entscheid zu enthalten.

Die Entscheide im summarischen Verfahren müssen, sofern sie weiterziehbar sind, schriftlich mitgeteilt werden (§ 95 ZPO). Es kann aber insbesondere in einem summarischen Prozeß vorkommen, daß der Entscheid, wenn er sofort im Anschluß an eine Tagfahrt gefällt wird, mündlich eröffnet wird. Dies befreit aber von der schriftlichen Zustellung keineswegs [66]).

In Fällen, wo eine amtliche Mitteilung des Entscheides an das Betreibungsamt vorgesehen ist, muß nur das Dispositiv mitgeteilt werden, was nach Jäger [67]) innerhalb der für den Entscheid vorgesehenen Frist zu geschehen hat.

§ 9 Die Beschwerde

1. Allgemeines

Wie im beschleunigten gibt es auch im summarischen Verfahren nur noch die Beschwerde als Rechtsmittel, sofern eine Weiterziehung nicht schon von Gesetzes wegen ausgeschlossen ist. Früher war nach

---

[64]) Vgl. dazu Eichenberger S. 80.
[65]) KS in VJS 36 222 Nr. 87; vgl. auch KS in VJS 37 77 Nr. 23.
[66]) Vgl. dazu Eichenberger S. 206.
[67]) N. 1 zu Art. 84 SchKG.

alt § 318 IV, je nachdem der Streitwert unter oder über Fr. 300.— lag, die Appellation oder die Beschwerde gemäß § 337 lit. a zulässig. Durch die neue Fassung von § 318 ZPO in § 25 EGOR wurde aber die Appellation gestrichen und als einzig zulässiges Rechtsmittel die Beschwerde bezeichnet. Nach der Praxis ist darunter ohne Rücksicht auf die Höhe des Streitwertes die Beschwerde nach § 337 lit. b ZPO zu verstehen [1]). Es braucht nicht «eine offenbare Verletzung des Gesetzes oder des gesetzlichen Verfahrens» behauptet und nachgewiesen zu werden (vgl. § 337 lit. a ZPO), sondern es genügt vielmehr ein bloßer Beschwerdebeschluß. Das Begehren muß also nicht begründet werden [2]). Eine Begründung ist aber zulässig und wird in der Regel auch vorgenommen; sie ist aber im Gegensatz zur Beschwerde nach lit. a nicht unerläßlich [3]). Die Beschwerde unterliegt in jedem Falle dem Anwaltsmonopol [4]).

2. Die Beschwerdefrist

Nach § 318 VI ZPO beträgt die Frist zur Einreichung der Beschwerde 5 Tage von der Zustellung des Urteils an gerechnet. Dies weicht von der Bestimmung des § 338 I ZPO ab, wo eine 10tägige Beschwerdefrist vorgesehen ist. Diese Verkürzung der Frist ergibt sich jedoch aus der besonderen Natur des summarischen Verfahrens.

Ausnahmsweise kommt aber auch im summarischen Verfahren die 10tägige Beschwerdefrist zur Anwendung. Das SchKG sieht nämlich diese Beschwerdefrist gegen das Konkurserkenntnis nach durchgeführter ordentlicher Betreibung (Art. 174 SchKG) und ohne vorgängige Betreibung (Art. 194 SchKG) vor. Gegen diese ausdrückliche bundesrechtliche Vorschrift kann die 5tägige kantonale Frist natürlich nicht zur Anwendung kommen. Diese gilt selbstverständlich aber in allen andern betreibungsrechtlichen Fällen, sofern nicht etwa die Weiterziehung ausgeschlossen ist.

Für die Innehaltung der Frist in den betreibungsrechtlichen Fällen, wenn der erstinstanzliche Entscheid während der Betreibungs-

---

[1]) VJS 13 34; Keller-Pfisterer N. 3 zu § 316 und N. 1 zu § 318 und N. 9 zu § 337 ZPO.
Nach Eichenberger (S. 254/55) hätte die Gesetzesrevision auch so ausgelegt werden können, daß man an Stelle der Appellation die Beschwerde nach § 337 lit b habe setzen wollen, daß man aber wie bisher für alle übrigen Fälle die Beschwerde nach § 337 lit. a habe belassen wollen.

[2]) VJS 04 164 Nr. 110.

[3]) Vgl. dazu: Eichenberger S. 283; Keller-Pfisterer N. 1 II zu § 337 ZPO.

[4]) Vgl. VJS 36 34 Nr. 10.

ferien oder eines Rechtsstillstandes zugestellt wird, oder wenn die Beschwerdefrist gegen einen Entscheid, der vor den Ferien gefällt worden ist, während derselben abläuft, kann auf das weiter oben gesagte verwiesen werden [5]). Im übrigen aber bestimmt sich auch in den betreibungsrechtlichen Fällen die Frage, ob die Beschwerdefrist gewahrt sei, nach kantonalem Recht [6]). Der Beschwerdeführer hat nach § 93 IV ZPO die Wahl, ob er seine schriftliche Eingabe spätestens am letzten Tag der Frist bis abends 6 Uhr dem Gericht oder bis Mitternacht der Post zu Handen jener Behörde übergeben will [7]). Ist die Post an jenem Tage aus irgend einem Grunde geschlossen, so muß der Einsender von der anderen Möglichkeit Gebrauch machen [8]). Der Beweis der Rechtzeitigkeit kann nach obergerichtlicher Praxis nur durch postamtlichen Ausweis (Poststempel oder sonstige postamtliche Bescheinigung), nicht aber durch Zeugenbeweis erbracht werden [9]).

3. Die Zulässigkeit der Beschwerde

a) Rechtsvorschlag gegen ein Verbot

Nach § 268 I ZPO kann gegen einen Entscheid des Gerichtspräsidenten über die Verweigerung oder Bewilligung eines Rechtsvorschlages gegen ein Verbot das Rechtsmittel der Beschwerde ergriffen werden. Die Beschwerdefrist beträgt fünf Tage, da § 318 VI ZPO zur Anwendung kommt.

b) In den betreibungsrechtlichen Fällen

Die Beschwerde ist gegen die Entscheide in den folgenden betreibungsrechtlichen Fälle zulässig (vgl. die §§ 18 und 20 EGSchKG):

1. Rechtsöffnungsbegehren.
2. Aufhebung oder Einstellung der Betreibung.
3. Zulassung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung.
4. Konkursbegehren nach durchgeführter ordentlicher Betreibung.
5. Konkursbegehren ohne vorgängige Betreibung.
6. Anordnung der Liquidation einer ausgeschlagenen Verlassenschaft.

---

[5]) Siehe oben S. 56 ff.

[6]) Vgl. dazu BGE 55 I Nr. 15 (für das Rechtsöffnungsverfahren).

[7]) Vgl. dazu Keller-Pfisterer N. 4 a zu § 94 ZPO.
Abs. 4 von Art. 31 SchKG ist durch Art. 169 OG aufgehoben worden, so daß nunmehr auch nach SchKG die Postaufgabe bis Mitternacht möglich ist (BGE 71 III 130).

[8]) BGE 63 II 334.

[9]) KS in KSSlg. Nr. 105 S. 88.

7. Widerruf des Konkurses.
8. Schluß des Konkursverfahrens.
9. Auch für den Entscheid über die Frage, ob ein Konkursit wieder zu neuem Vermögen gekommen sei, ist die Beschwerde gegeben. Doch gehört diese Sache, wie oben bereits dargelegt worden ist, nicht in das summarische, sondern vielmehr von Bundesrechts wegen (Art. 265 III SchKG) in das beschleunigte Verfahren.

In § 20 EGSchKG wird der Entscheid des Konkursgerichtes über die Anordnung der Liquidation einer ausgeschlagenen Verlassenschaft als endgültig erklärt. Bei dieser Verfügung handelt es sich jedoch um einen Fall der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung, auf die gemäß Art. 194 SchKG der Art. 174 SchKG zur Anwendung kommen muß. Auch dieses Erkenntnis kann deshalb binnen 10 Tagen an die obere Instanz weiter gezogen werden. Insofern also ist § 20 EGSchKG bundesrechtswidrig [10]).

Der Entscheid in den folgenden betreibungsrechtlichen Fällen ist dagegen endgültig:

1. Bewilligung von Arresten.
2. Zulassung eines verspäteten Rechtsvorschlages.
3. Konkursbegehren nach durchgeführter Wechselbetreibung.
   Die Beschwerde nach § 337 lit. b ZPO ist also hier im Gegensatz zu den übrigen Konkurserkenntnissen nicht gegeben, da Art. 189 SchKG den Art. 174 SchKG nicht erwähnt, und diese Bestimmung deshalb nicht zur Anwendung kommen kann [11]).
   Auch die Inspektionsbeschwerde gemäß § 78 GOG kann dagegen nicht ergriffen werden, da es sich bei ihr nach der neuesten Praxis des Obergerichtes um eine reine Disziplinarbeschwerde handelt und nicht um ein außerordentliches Rechtsmittel [12]).
4. Einstellung einer eröffneten Verlassenschaftsliquidation [13]).
5. Einstellung des Konkursverfahrens.
6. Anordnung des summarischen Konkursverfahrens.
7. Aufnahme des Güterverzeichnisses und Anordnung vorsoglicher Maßnahmen.

---

[10]) Vgl. dazu VJS 44 6 Erw. 2 und Eichenberger S. 256. Dieser Meinung auch Jäger N. 2 zu Art. 193 SchKG. Anderer Meinung hingegen Keller-Pfisterer N. 4 zum Titel «summarisches Verfahren». Ebenso Blumenstein (S. 609), der annimmt, daß Art. 174 SchKG auf Art. 193 SchKG nicht zur Anwendung kommen könne.

[11]) Vgl. dazu: VJS 04 185, 33 74; Jäger N. 4 a. E. zu Art. 189 SchKG.

[12]) VJS 44 43 Nr. 13.

[13]) In dieser Hinsicht falsch VJS 44 6 Erw. 2.

4. Die Frist für die Einreichung der Aberkennungsklage

Das SchKG sieht, wie in den meisten Fällen, die es dem Richter zur Entscheidung überträgt, auch beim Entscheid über das Begehren um provisorische Rechtsöffnung eine Berufung nicht vor; es überläßt deren Zulassung dem kantonalen Recht. Art. 36 SchKG, der einer Berufung an die höhere Behörde nur auf besondere Anordnung hin aufschiebende Wirkung zukommen läßt, kommt deshalb hier nicht zur Anwendung. Es gilt bezüglich der Wirkungen der Beschwerde kantonales Recht. Die 10tägige Frist für die Einreichung der Aberkennungsklage (Art. 83 II SchKG) beginnt deshalb, wenn Beschwerde eingereicht wird, erst mit der Zustellung des obergerichtlichen Rechtsöffnungsentscheides zu laufen. Aber auch dann, wenn die 5tägige Beschwerdefrist ungenützt verstreichen sollte, läuft die Frist zur Einreichung der Aberkennungsklage erst vom Ablaufe der Beschwerdefrist an. «Dagegen kommt eine solche Verschiebung der Klagefrist doch nur in Frage, wenn im einzelnen Falle eine Beschwerde gegen die provisorische Rechtsöffnung wirklich zulässig war, nicht aber dann, wenn sie aus irgendeinem, wenn auch allenfalls erst im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens eingetretenen Grunde ausgeschlossen und infolgedessen die in erster Instanz erteilte Rechtsöffnung ohne weiteres rechtskräftig war» [14]).

5. Die Wirkungen der Beschwerde

a) Der Suspensiveffekt

aa) Im summarischen Verbotsverfahren

Die Beschwerde gegen den Entscheid des Gerichtspräsidenten über die Bewilligung oder Verweigerung eines Rechtsvorschlages gegen ein Verbot hat keine aufschiebende Wirkung (Art. 268 II SchKG). Doch kann der Obergerichtspräsident oder der zuständige Abteilungspräsident [15]) nach Eingang der Beschwerde und auf Ansuchen des Beschwerdeführers in dringenden Fällen die erforderlichen Verfügungen treffen (§ 268 III ZPO).

Es können deshalb insbesondere auch Begehren um die Gewährung des Suspensiveffektes eingereicht werden. Doch müssen solche Begehren mit der Beschwerde selbst oder doch innerhalb der Be-

[14]) BGE 77 III 138 Nr. 35.
Vgl. auch BGE 47 III 67; Blumenstein S. 265; Jäger N. 7 zu Art. 83 SchKG.
[15]) Vgl. dazu KSSlg. Nr. 92 S. 76 Abs. 2.

schwerdefrist gestellt werden, auf nachträgliche Gesuche wird nicht mehr eingetreten [16]). Derartige Gesuche müssen auf besonderen Bogen eingereicht werden. Sind sie mit der Beschwerde verbunden, werden sie leicht übersehen [17]).

In allen jenen Fällen, wo der Verbotsnehmer vor dem summarischen Richter unterlegen ist, wird auch eine superprovisorische Verfügung analog § 248 ZPO möglich sein [18]).

bb) In den betreibungsrechtlichen Fällen

Soweit allein das kantonale Prozeßrecht die Beschwerde gegen die Entscheide in betreibungsrechtlichen Sachen für zulässig erklärt hat, kommt dieser Suspensiveffekt zu.

Dagegen kommt der Beschwerde gegen den Entscheid bei Konkursbegehren nach durchgeführter ordentlicher oder ohne vorgängige Betreibung nur dann aufschiebende Wirkung zu, wenn dies vom Obergericht ausdrücklich verfügt wird (Art. 174, 194 und 36 SchKG). Trifft dies zu, so kann das Obergericht auch die im Art. 170 SchKG erwähnten vorsorglichen Verfügungen treffen (Art. 174 II SchKG). Als Maßnahme fällt vor allem die Aufnahme eines Güterverzeichnisses in Betracht (Art. 162 SchKG), doch können auch andere Anordnungen getroffen werden, wie z. B. Verbot von Zahlungen an den Schuldner, Verwahrung von Objekten, Schließung von Läden und Magazinen, Eintragung von Verfügungsbeschränkungen ins Grundbuch usw. Alle diese Maßnahmen bezwecken die Verunmöglichung der Beseitigung von Vermögensgegenständen [19]). Im übrigen aber wird, wenn einem vom Schuldner gegen das Konkurserkenntnis eingelegten Rechtsmittel aufschiebende Wirkung erteilt wird, auch der Eintritt der Wirkungen des Konkurses auf das Vermögen des Schuldners und auf die Rechte der Gläubiger gehemmt [20]).

In Anlehnung an Jäger [21]) und die Rechtssprechung in einigen anderen Kantonen war das Obergericht im Jahre 1947 zur Auffassung gelangt, daß da, wo dem Konkurserkenntnis auf Beschwerde hin aufschiebende Wirkung erteilt worden ist, noch nicht ein über die Beziehungen der Parteien des Konkurseröffnungsprozesses hinausge-

---

[16]) Vgl. dazu: VJS 21 83; Keller-Pfisterer N. 7 zu § 255.
[17]) KSSlg. Nr. 92 S. 76 Abs. 1.
[18]) Vgl. dazu und zum vorhergehenden Absatz auch Eichenberger S. 229/30.
[19]) Vgl. dazu Jäger N. 4 zu Art. 170 SchKG.
[20]) BGE 79 III 43 Nr. 11.
[21]) Vgl. dazu Jäger/Däniker N. 7 zu Art. 174 SchKG.

hendes Rechtsverhältnis entstanden sei, und daß deshalb der Gläubiger noch im Beschwerdeverfahren das Konkursbegehren wirksam zurückziehen könne [22]). Schon bald aber sah sich das Obergericht genötigt, von dieser neuen Praxis, die zu unhaltbaren Zuständen führte, wieder abzuweichen. Für viele Schuldner war das erstinstanzliche Konkurserkenntnis zu einer bloßen Mahnung herabgesunken, so daß sie sich erst nachher ernstlich um die Tilgung der Schuld bemühten. Außerdem tauchten aber auch iuristische Bedenken gegen die neue Praxis auf, da die Erteilung aufschiebender Wirkung die Rechtskraft des Konkurserkenntnisses nicht hemmt, sondern bloß dessen Vollstreckbarkeit. Ein einmal ausgesprochener Konkurs wird der Verfügungsmacht eines einzelnen Gläubigers entzogen. Der Rückzug des Konkursbegehrens wird deshalb nicht mehr gestattet, und zwar auch dann nicht, wenn der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt wird [23]).

Zu beachten ist, daß bei einem Entscheid über provisorische Rechtsöffnung die rein vorsorglichen Maßnahmen der provisorischen Pfändung und der Aufnahme des Güterverzeichnisses (Art. 83 I SchKG) auch auf Grund eines nicht rechtskräftigen erstinstanzlichen Urteils beantragt werden dürfen. Die Hinausschiebung solcher Maßnahmen, die lediglich die Sicherung der Zwangsvollstreckung bezwecken, würde einen gewissenlosen Schuldner nur in den Stand setzen, jene illusorisch zu machen [24]).

b) Der Devolutiveffekt

Der Beschwerde gegen die Entscheide im summarischen Verfahren kommt selbstverständlich auch Devolutiveffekt zu. Im Konkurseröffnungsverfahren gilt aber die folgende Besonderheit: Während nach kantonalem Prozeßrecht das Novenverbot gilt [25]), müssen bei der Beschwerde gegen den Konkursentscheid in zweiter Instanz auch solche konkurshindernde Tatsachen berücksichtigt werden, die vor dem erstinstanzlichen Richter nicht geltend gemacht worden sind, die aber schon vor dem Konkurserkenntnis bestanden haben [26]).

---

[22]) Urteil des Obergerichtes I i. S. F. g. Sch. vom 28. März 1947.
[23]) AGVE 48 32 Nr. 8; VJS 23 62; Keller-Pfisterer N. 10 zu § 318 ZPO. Siehe auch Eichenberger S. 260.
[24]) BGE 47 III 68; vgl. dazu auch Matti S. 1116.
[25]) So auch im Rechtsöffnungsverfahren (VJS 23 57).
[26]) VJS 23 62, 30 161; BGE 46 I 365.

6. Das Beschwerdeverfahren

Der Gerichtspräsident hat die Beschwerde sofort der Gegenpartei zur Beantwortung zuzustellen (§ 339 ZPO), und zwar auch dann, wenn jene nur ein Begehren, aber keine Begründung enthalten sollte [27]). Da, wo im summarischen Verfahren die Beschwerdefrist nur 5 Tage beträgt, ist auch die Beschwerdeantwortfrist nicht länger (§ 318 VI ZPO) [28]). Hingegen beträgt die Frist zur Einreichung der Antwort bei Entscheiden über die Konkurseröffnung nach durchgeführter ordentlicher und ohne vorgängige Betreibung wohl auch 10 Tage.

Auch für das Aufsetzen der Beschwerdeantwort gilt das Anwaltsmonopol. Diese muß, um gültig zu sein, rechtzeitig eingereicht werden, da es sich auch bei dieser Frist um eine Notfrist im Sinne von § 89 II ZPO handelt. Aber auch dann, wenn keine Beschwerdeantwort eingeht, muß das Obergericht die Zulässigkeit und Begründetheit des Beschwerdebegehrens untersuchen, so daß der Nichterstattung der Antwort also keine Säumnisfolge im Sinne der poena confessi zukommen kann [29]).

Nach dem Ablauf der Beschwerdeantwortfrist übermittelt der Gerichtspräsident die Akten dem Obergericht (§ 341 ZPO). Dieses entscheidet in seiner nächsten Sitzung über die Beschwerde (§ 318 VI ZPO). Eine mündliche Verhandlung findet in der Regel nicht statt (§ 342 ZPO).

7. Die Stellung des Bundesgerichtes in den betreibungsrechtlichen Fällen

a) Die betreibungsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht ist nach dem Wortlaut des Gesetzes nur gegen Entscheide der kantonalen Aufsichtsbehörde, nicht aber gegen die Entscheide von Gerichten zulässig (Art. 17 und 19 SchKG). Es bleibt aber zu prüfen, ob gegebenenfalls eine zivilrechtliche Berufung (Art. 43 ff. OG), eine Nichttigkeitsbeschwerde (Art. 68 ff. OG) oder eine staatsrechtliche Beschwerde (Art. 84 OG) an das Bundesgericht zulässig ist.

Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht sind in jenen Streitigkeiten, die im summarischen Verfahren zur Durchführung gelangen, nicht möglich, da ihnen jeder materiellrechtliche

---

[27]) KSSlg. Nr. 85 S. 73.
[28]) KSSlg. Nr. 87 S. 74 und Eichenberger S. 284.
[29]) VJS 39 21 Ziff. a.

Hintergrund, der sie einer Zivilrechtssache gleichstellen würde, fehlt. Es handelt sich bei ihnen um rein betreibungsrechtliche Streitigkeiten oder um einseitige Verfügungen der Gerichte, bei denen nicht über den Anspruch, sondern bloß über dessen Vollstreckbarkeit entschieden wird [30]).

Dagegen war nach der bundesgerichtlichen Praxis während Jahrzehnten die staatsrechtliche Beschwerde zulässig, sofern die in Art. 84 OG aufgezählten Voraussetzungen (Verletzung verfassungsmäßiger Rechte der Bürger, von Konkordaten, von Staatsverträgen oder von bundesrechtlichen Vorschriften über die sachliche oder örtliche Zuständigkeit der Behörden) zutrafen. Ausgenommen im Falle der Verletzung verfassungsmäßiger Rechte der Bürger (vgl. aber die Ausnahmen in Art. 86 OG) war eine Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges dabei nicht erforderlich. In der Regel wurde mit der staatsrechtlichen Beschwerde eine Verletzung der Art. 4, 59 und 61 BV oder der bestehenden Gerichtsstandverträge angerufen [31]).

b) Noch im Jahre 1952 war das Bundesgericht dieser Auffassung und begründete diese in einem Entscheid über provisorische Rechtsöffnung wie folgt: «Durch eine Leistungsklage des Gläubigers im Falle der Verweigerung der provisorischen Rechtsöffnung und durch die Aberkennungsklage des Schuldners im Falle der Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung wird nicht das Rechtsöffnungsverfahren fortgesetzt. Leistungsklage im ordentlichen Verfahren und Aberkennungsklage sind auf Schutz des materiellrechtlichen Anspruches oder auf Verneinung desselben gerichtet, während das Rechtsöffnungsverfahren ein Inzidenzverfahren der Betreibung ist. Also stellt der letztinstanzliche kantonale Entscheid keinen Zwischenentscheid in dem Sinne dar, wie ihn früher die Praxis entwickelt hatte und wie er nun in Art. 87 des neuen OG aufgenommen worden ist» [32]).

Im Jahre 1953 jedoch hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung geändert, indem es zum Ergebnis gelangte, «daß der in einem Zwischenverfahren der Betreibung ergangene Entscheid über die pro-

---

[30]) Vgl. dazu Blumenstein S. 119 ff.

[31]) Vgl. dazu: Blumenstein S. 122; Jäger N. 3 zu Art. 15, N. 7 zu Art. 80, N. 24 zu Art. 81, N. 7 a. E. zu Art. 174, N. 2 zu Art. 279 SchKG.
Vgl. auch BGE 57 I 300, wonach die Gerichtsstandfrage im Rechtsöffnungsprozeß durch staatsrechtliche Beschwerde aufgeworfen werden konnte, nicht aber durch die zivilrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde, die hiefür nicht gegeben ist.

[32]) BGE 78 I 56.

visorische Rechtsöffnung einen bloßen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 87 OG darstelle». Auch habe ein solcher Entscheid für den Unterliegenden (Gläubiger oder Schuldner) keinen nicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 87 OG zur Folge [33]).

Was hier für die provisorische Rechtsöffnung gesagt wird, gilt meines Erachtens wohl auch für die übrigen betreibungsrechtlichen Fälle, da für sie gleiche oder doch ähnliche Erwägungen geltend gemacht werden können, wie sie das Bundesgericht in seinen beiden Entscheiden über die provisorische Rechtsöffnung geltend macht. Aber wenn man auch nicht so weit gehen will, so kann doch nicht übersehen werden, daß die staatsrechtliche Beschwerde mindestens gerade in einem der wichtigsten betreibungsrechtlichen Verfahren ausgeschlossen ist. Daß gerade in diesem Verfahren das Rechtsschutzbedürfnis besonders groß ist, geht aus zahlreichen Urteilen des Bundesgerichtes über staatsrechtliche Beschwerden gegen Entscheide über die provisorische Rechtsöffnung hervor [34]).

Mit Recht hat Prof. Huber diese Änderung der Rechtssprechung heftig angegriffen. Er bedauert sie namentlich aus den folgenden Gründen [35]):

Gläubiger und Schuldner werden nach ihrem Unterliegen im Rechtsöffnungsverfahren, selbst wenn ein Grundrecht der Bundesverfassung verletzt worden ist, auf den Weg der Klage verwiesen. Diese wird aber erfahrungsgemäß in manchen Fällen unterbleiben, «weil der Betroffene den Prozeß mit seinen Umtrieben und Kosten scheut oder weil er unbeholfen ist. Dann ist der Ausgang also der, daß ein Berechtigter nicht zu seinem Recht kommt».

Es «entfällt aber auch die vorbeugende Sicherung der Grundrechte seitens der staatsrechtlichen Beschwerde in einem wichtigen Abschnitt unseres Vollstreckungsrechtes», da sich ein Richter weit mehr von Verletzungen der Bundesverfassung abhalten läßt, wenn jener Rechtsbehelf gegeben ist.

Endlich entfällt aber auch eine, wenn auch nur «beschränkte Einheitlichkeit der Auslegung der Voraussetzungen der provisorischen Rechtsöffnung», obwohl gerade auch auf diesem Gebiet das Bedürfnis nach einheitlicher Rechtssprechung groß ist.

---

[33]) BGE 79 I 44 und 79 I 152.

[34]) Vgl. dazu Prof. Dr. Hans Huber: «Die staatsrechtliche Beschwerde gegen Entscheidungen über die provisorische Rechtsöffnung», in SJZ 50 S. 301 ff. Siehe die Aufzählung der Urteile aus den Jahren 1934 und ff. in Note 1.

[35]) a. a. O. S. 301 ff.

Im weiteren befaßt sich der Autor eingehend auch mit der Abgrenzung zwischen Endentscheid und Zwischenentscheid und mit der Interpretation des Begriffes des irreparablen Nachteils eines Zwischenentscheides [36]). Diese Interpretation, so führt er aus, müsse sinnvoll sein. Das sei aber nicht der Fall, wenn die verschiedenen Rechtsöffnungsvoraussetzungen des Art. 82 SchKG nicht mehr den Gegenstand einer staatsrechtlichen Beschwerde bilden könnten. Diese Rügen seien auf das Institut der provisorischen Rechtsöffnung bezogen und könnten deshalb in einem nachfolgenden Forderungs- oder Aberkennungsprozeß nicht mehr geltend gemacht werden.

Huber gelangt endlich zur Auffassung, «daß hier der Begriff des Zwischenentscheides, der doch ein staatsrechtlicher ist, allzusehr nach rein betreibungsrechtlichen Gesichtspunkten neu geprägt worden sei». Trotz allem aber hofft er, daß diese bedauerliche Schmälerung des Rechtsschutzes bald wieder aufgehoben werde [37]).

---

[36]) a. a. O. S. 303/04.
[37]) a. a. O. S. 304 a. E.

§ 10

Die besonderen Prozeßverfahren der aargauischen ZPO

Diese Arbeit wäre nicht vollständig, wenn nicht noch auf die wichtigsten anderen besonderen Prozeßverfahren der aargauischen Zivilprozeßordnung hingewiesen würde. Es soll vor allem gezeigt werden, daß es sich bei ihnen, wenn auch nicht dem Namen, so doch ihrer Natur nach, um summarische Verfahrensarten handelt. Auf eine ausführliche Darstellung kann allerdings verzichtet werden, da hier bloß die uns interessierenden Punkte hervorgehoben werden sollen.

I. Das Befehlsverfahren

1. Die vorsorglichen Verfügungen (§ 245 Ziff. 2 ZPO)

a) Wie oben schon dargelegt worden ist, beansprucht das ordentliche Verfahren in der Regel längere Zeit. Diese Konzession, die im Interesse einer erschöpfenden Abklärung des Tatbestandes gemacht werden mußte, kann nun aber dazu führen, daß in der Zwischenzeit der Berechtigte Schaden erleiden kann. Auch die Durchsetzung der Entscheide kann erschwert oder sogar illusorisch gemacht werden. Die meisten Zivilprozeßordnungen sehen deshalb für solche Fälle einen raschen, aber bloß provisorischen Rechtsschutz vor, eben die sogenannten vorsorglichen Verfügungen [1]). An das Erkenntnisverfahren kann gegebenenfalls auch ein Vollstreckungsverfahren geknüpft werden, wenn nur durch eine solche Maßnahme die spätere Vollstreckung sicher gestellt werden kann (§ 252 ZPO) [2]).

b) Eine vorsorgliche Verfügung ist nach aargauischem Recht an die Voraussetzung gebunden, daß eine solche sich «zur Aufrechterhaltung eines tatsächlichen Zustandes oder zur Abwehr eines drohenden erheblichen Nachteils» als notwendig erweist (§ 245 Ziff. 2 ZPO). Vorsorgliche Verfügungen können vor oder während der Rechtshängigkeit erlassen werden. Nötigenfalls ist dem Gesuchsteller eine Frist zur Klageerhebung anzusetzen, vor allem dann, wenn die Ver-

[1]) Vgl. dazu: Eichenberger S. 214/15; Guldener I S. 322; Sieben S. 51/52.
[2]) Vgl. dazu Keller-Pfisterer N. 5 zum Titel «Befehlsverfahren».

fügung zur Abwendung eines drohenden erheblichen Nachteils erwirkt wurde [3]). Mit unbenutztem Ablauf der Frist fällt die Maßnahme wieder dahin (§ 253 ZPO).

c) Das Verfahren

Das Gesuch wird ohne vorausgehenden Sühneversuch beim Gerichtspräsidenten gestellt (§ 246 I ZPO). Örtlich zuständig ist in der Regel der im Hauptstreit zuständige Gerichtspräsident, in dringenden Sachen auch der Richter am Orte der gelegenen Sache (§ 246 II ZPO). Das Begehren kann schriftlich oder mündlich angebracht werden (§ 247 ZPO). Im zweiten Fall kann aber auch eine schriftliche Begründung verlangt werden. Vor dem Erlaß einer vorsorglichen Verfügung sollen beide Parteien angehört werden, doch kann in Fällen besonderer Dringlichkeit die Verfügung auch sofort, d. h. ohne Anhörung des Gegners getroffen werden (sogenannte «superprovisorische Verfügung» § 248 ZPO). Aber auch in diesem Falle wird der Gegenpartei nachträglich noch Gelegenheit zur Vernehmlassung geboten (§ 249 ZPO). Entsprechend der Natur des Verfahrens sind nur sofort verfügbare Beweismittel zulässig, und für die Behauptungen genügt bloße Glaubhaftmachung (§ 248 ZPO) [4]). Der Gerichtspräsident kann den Gesuchsteller zu einer Sicherheitsleistung verhalten (§ 251 ZPO), die zur Deckung eines allfälligen Schadens, den der Beklagte aus der Verfügung erlitten hat, verwendet werden soll [5]).

Befehlsentscheide werden formell rechtskräftig, materiell jedoch nur beschränkt. Der ordentliche Richter kann jederzeit angerufen werden, ohne daß die Einrede der res iudicata gegeben wäre. Auch in einem neuen Befehlsverfahren können die Verfügungen aufgehoben werden, wenn der Nachweis erbracht wird, daß ihr Fortbestand nicht mehr notwendig ist (§ 254 ZPO). Die Verfügungen können mit der Beschwerde nach § 337 lit. b angefochten werden, doch kommt dieser nur dann Suspensiveffekt zu, wenn es der Obergerichtspräsident verfügt. Befehlsentscheide sind also in der Regel sofort vollstreckbar (§ 255 ZPO).

Es dürften wohl keine Zweifel bestehen, daß das Verfahren zum Erlaß vorsorglicher Verfügungen (nach § 245 Ziff. 2 ZPO) seiner Natur nach summarisch ist.

---

[3]) Vgl. dazu: Eichenberger S. 227; Keller-Pfisterer N. 2 zu § 252 ZPO.

[4]) Vgl. dazu: Eichenberger S. 225; Guldener S. 327; Sieben S. 53.

[5]) Da eine diesbezügliche Vorschrift in der ZPO fehlt, ist der Gesuchsteller nur dann für den entstandenen Schaden haftbar, wenn die Voraussetzungen von Art. 41 OR gegeben sind (Eichenberger S. 228).

2. Die richterlichen Verfügungen auf Grundlage des Zivilrechtes (§ 245 Ziff. 1 ZPO)

a) In § 245 Ziff. 1 ZPO werden eine ganze Anzahl von richterlichen Verfügungen auf Grundlage des Zivilrechtes dem Befehlsverfahren unterstellt. Diese Maßnahmen werden jedoch nur in formeller Beziehung dem Verfahren über vorsorgliche Verfügungen unterstellt, ohne daß deren Zulässigkeit an die weiteren Voraussetzungen für den Erlaß eines Befehls gemäß § 245 Ziff. 2 ZPO geknüpft wäre [6]).

Es handelt sich bei diesen Maßnahmen um zahlreiche Fälle sogenannter freiwilliger Gerichtsbarkeit, wo der Entscheid auf einseitigen Antrag hin ergeht [7]), daneben aber auch um eigentliche Entscheidungsverfahren [8]) und vorsorgliche Verfügungen [9]). Im Großen und Ganzen ist es also ein recht unübersichtliches Gebilde. Immer aber bedarf es einer besonderen gesetzlichen Bestimmung, wenn in diesen Fällen das Befehlsverfahren zur Anwendung kommen soll (§ 245 Ziff. 1 ZPO) [10]).

b) Auf das formelle Verfahren muß hier nicht noch einmal eingetreten werden, da es sich gleich gestaltet wie bei den vorsorglichen Verfügungen gemäß § 245 Ziff. 2 ZPO. Meines Erachtens muß jedoch für die Behauptungen hier voller Beweis erbracht werden, bloßes Glaubhaftmachen genügt, abgesehen dort, wo es sich um vorsorgliche Verfügungen handelt, nicht. Denn bei den Befehlsentscheiden gemäß § 245 Ziff. 1 ZPO handelt es sich, immer abgesehen von vorsorglichen Verfügungen, um reine Erkenntnisverfahren zur Regelung einer materiellen Rechtslage, die aber nicht in die Vollstreckung hinüber reichen. Es soll hier lediglich auf raschem Wege ein Vollstreckungstitel geschaffen werden [11]). Befehlsentscheide nach Ziffer 1, vorsorgliche Verfügungen selbstverständlich ausgenommen, erlangen ebenfalls materielle Rechtskraft [12]).

---

[6]) Botschaft des Regierungsrates an den Großen Rat betr. EGZGB vom 24. März 1910, abgedruckt bei Keller-Pfisterer N. 2 zu § 245 ZPO.

[7]) Vgl. dazu Leuch N. 2 zu Art. 322 bern. ZPO.
Vgl. z. B. auch die Art. 103 II, 104 II, 140 II, 169—172 ZGB u. a. m.

[8]) Vgl. z. B.: Besitzesschutz nach § 135 EGZGB und die Verfahren auf Sicherstellung nach Art. 189, 464, 594 ZGB.

[9]) Art. 598 II, 961, 966 ZGB; Art. 565 II, 574 III OR usw.
Vgl. dazu: Eichenberger S. 210; Guldener II S. 432.

[10]) Siehe die Zusammenstellung bei Eichenberger S. 210 ff. und bei Keller-Pfisterer N. 3 zu § 245 ZPO. — Entsprechende Vorschriften enthalten vor allem das EGZGB und EGOR.

[11]) Vgl. dazu Keller-Pfisterer N. 5 zum Titel «Befehlsverfahren».

[12]) Vgl. dazu Eichenberger S. 230.

c) Das Verfahren zum Erlaß einer vorsorglichen Verfügung (nach § 245 Ziff. 1 ZPO) weist meines Erachtens summarischen Charakter auf. Solche Verfügungen sind nur während der Rechtshängigkeit des Hauptprozesses zulässig, immerhin aber ist vorher eine vorsorgliche Verfügung gemäß § 245 Ziff. 2 ZPO zulässig [13]).

Auch bei den übrigen Befehlsentscheiden nach Ziffer 1 findet teilweise ein summarisch gestaltetes Erkenntnisverfahren statt [14]). Wenn die Ermittlung der tatsächlichen Verhältnisse Schwierigkeiten bieten sollte, müssen indessen alle erheblichen Beweise abgenommen werden. Damit wird aber der summarische Charakter dieses Verfahrens gesprengt [15]).

II. Die vorsorgliche Beweisaufnahme (§§ 233 ff. ZPO)

1. Wie zahlreiche andere kantonale Gesetze enthält auch die aargauische ZPO Bestimmungen über die vorsorgliche Beweisführung. Dieses Institut wurde in einem VIII. Titel den Vorschriften über das Beweisverfahren unterstellt. Es dient der Sicherung des Beweises, wenn Gefahr besteht, daß ein Beweismittel verloren geht oder der Gebrauch desselben erschwert wird (§ 233 I ZPO). Die vorsorgliche Beweisaufnahme findet außerhalb der ordentlichen Reihenfolge der Prozeßhandlungen während oder vor der Rechtshängigkeit eines Prozesses statt [16]). Die neuere aargauische Praxis zählt sie zur streitigen Gerichtsbarkeit [17]).

Da § 233 ZPO keine Einschränkungen enthält, ist die vorsorgliche Beweisaufnahme für jedes Beweismittel, d. h. für Urkunden, Zeugen, Sachverständige, Augenschein und Parteibefragung zulässig [18]). «Zweck des Verfahrens ist die Beweisführung mit dem gefährdeten Beweismittel» [19]). Hingegen kommt die vorsorgliche Beweisaufnahme grundsätzlich nur im ordentlichen und beschleunigten, nicht aber im summarischen Verfahren zur Anwendung [20]).

Gleicher Meinung auch Sieben S. 34. Anderer Meinung hingegen Leuch N. 11 zu Art. 192 bern. ZPO.

[13]) So auch Eichenberger S. 210. Vgl. auch BGE 56 II 318.

[14]) Vgl. z. B. die Art. 140, 171/72 ZGB.

[15]) Vgl. dazu: Guldener II S. 432; Sieben S. 36.

[16]) Vgl. dazu: Keller-Pfisterer N. 1 zum Titel «Vorsorgliche Beweisaufnahme»; Sieben S. 53.

[17]) VJS 44 19 Nr. 7.
Frühere aufgegebene Praxis in VJS 21 80 Nr. 27.

[18]) Vgl. dazu Eichenberger S. 198. Anderer Meinung hinsichtlich Urkunden Keller-Pfisterer N. 2 zu § 233 ZPO.

[19]) Sieben S. 53.

[20]) VJS 10 121; Eichenberger S. 198.

2. Das Verfahren

Das Verfahren wird durch ein Gesuch bei dem Gericht, das in der Hauptsache erstinstanzlich zuständig ist, angehoben (§ 234 I ZPO). Vor der Rechtshängigkeit und auch später noch in Fällen dringender Gefahr kann das Gesuch bei dem Gericht, in dessen Bezirk sich das betreffende Beweismittel befindet, gestellt werden (§ 234 II und III ZPO). Das Gesuch muß schriftlich abgefaßt werden. Es hat Beweisthema und Beweismittel anzugeben (§ 233 II ZPO), und es muß begründet werden. Bloße Glaubhaftmachung genügt allerdings (§ 233 I ZPO). In Fällen dringendster Gefahr soll dem Gesuch ohne Einvernahme der Gegenpartei allein auf Grund des Begehrens des Gesuchstellers sofort entsprochen werden (§ 236 I ZPO). In der Regel aber wird das Gesuch dem Gegner unter Ansetzung einer Frist zur Einreichung seiner Einwendungen zugestellt (§ 235 I ZPO). Werden keine solchen erhoben, so erläßt der Gerichtspräsident den Beweisbeschluß (§ 235 II ZPO), andernfalls entscheidet das Gericht über das Gesuch nach Anhörung der Parteien im beschleunigten Verfahren (§ 235 III ZPO), womit nach Eichenberger [21]) wohl nur zum Ausdruck gebracht werden wollte, daß rasch und mündlich verhandelt werden müsse. Die Beschwerde gemäß § 337 lit. b ZPO ist nur gegen einen ablehnenden Entscheid zulässig (§ 235 IV ZPO), so daß der beschwerte Gesuchsgegner kein Rechtsmittel ergreifen kann. Die vorsorglich aufgenommenen Beweise dürfen von jeder Partei im Hauptprozeß benützt werden (§ 243 ZPO). Trotz der vorsorglichen Beweisaufnahme bleiben den Parteien alle Einwendungen gewahrt. Unter Umständen kann die Beweisaufnahme sogar wiederholt werden, sofern das noch möglich sein sollte [22]). In Fällen dringender Gefahr gelten auch für dieses Verfahren keine Gerichtsferien (§ 244 ZPO).

3. Bei der vorsorglichen Beweisaufnahme handelt es sich, wie wir gesehen haben, um eine eigentliche vorsorgliche Maßnahme. Von den vorsorglichen Verfügungen im Sinne von § 245 Ziff. 2 ZPO unterscheidet sie sich aber immerhin dadurch, daß sie nicht auf die

---

[21]) S. 201.

[22]) Vgl. dazu: Eichenberger S. 202; Sieben S. 55; Stein-Jonas N. 2 zu § 492 und N. 1 zu § 493 DZPO. Vgl. auch bern. ZPO, Art. 228; zürch. ZPO § 313; Leuch N. 1 zu Art. 228 bern. ZPO.
Diese Annahme dürfte vor allem dann zutreffen, wenn sich die vorsorgliche Beweisaufnahme nicht vor dem erkennenden Gericht abgespielt hat (Eichenberger S. 202).

Urteilsvollstreckung, sondern auf das Prozeßergebnis vorsorglich sein möchte [23]). Am summarischen Charakter dieses Verfahrens bestehen wohl keine Zweifel.

III. Das Verbotsverfahren

1. Es ist Zweck und Aufgabe des Verbotsverfahrens, Unberechtigten die Störung des Besitzes zu untersagen. Der allgemeine zivil- und strafrechtliche Besitzesschutz wird hier durch einen prozeßstrafrechtlichen Schutz verstärkt, der es ermöglicht, Störungen auch dann zu bestrafen, wenn sie keinen strafrechtlichen Tatbestand erfüllen (§ 261 ZPO) [24]). Nur Eigentümer, Dienstbarkeitsberechtigte und unselbständige Besitzer (wie Mieter und Pächter) einer unbeweglichen Sache können ein Verbot erwirken (§ 257 ZPO). Geschützt ist also nur der Besitz, dem ein Recht zugrunde liegt [25]). Außerdem dient das Verbotsverfahren nur der Abwehr künftiger Besitzesstörungen [26]).

2. Das Verfahren

Das Verbotsverfahren wird durch ein schriftliches Gesuch des Verbotsnehmers beim Gerichtspräsidenten am Orte der gelegenen Sache eingeleitet (§ 258 ZPO). Ein Sühneversuch muß nicht vorausgehen (§ 7 Ziff. 5 ZPO). Der Gesuchsteller muß behaupten, daß er in seinem Besitz widerrechtlich gestört worden sei (§ 257 ZPO), er hat dafür aber keinen Beweis zu erbringen. Dagegen muß er für das seinem Anspruch zugrunde liegende Recht vollen Beweis durch Urkunden erbringen (§ 260 ZPO) [27]). Der Beweis muß aber sofort erbracht werden [28]). Der Entscheid des Gerichtspräsidenten ergeht in allen Fällen ohne Anhörung des Gegners. Das gegen eine bestimmte Person gerichtete Verbot muß aber derselben zugestellt werden (§ 262 ZPO). Gegen den das Verbotsgesuch ablehnenden Entscheid ist die Beschwerde gemäß § 337 lit. b ZPO zulässig (§ 268 I ZPO). Ein unberechtigtes Verbot kann Schadenersatzpflicht gemäß Art. 41 OR nach sich ziehen [29]). Binnen 10 Tagen seit der Zustellung oder Bekanntmachung des Verbotes kann beim Gerichtspräsidenten schrift-

---

[23]) Vgl. dazu Sieben S. 54.
[24]) Vgl. dazu: Eichenberger S. 231; Sieben S. 44.
[25]) AGVE 48 27 Nr. 6.
[26]) Vgl. dazu: Keller-Pfisterer N. 4 zu § 257 ZPO; VJS 20 108, 38 39.
[27]) AGVE 48 27 Nr. 6. Bei dinglichen Rechten ist die Vorlage eines Auszuges aus dem Grundbuch erforderlich.
[28]) Sieben S. 45.
[29]) Vgl. dazu: Eichenberger S. 234; SchnSlg. II Nr. 438.

lich Rechtsvorschlag erhoben werden, wenn ein Interesse glaubhaft gemacht werden kann (§ 266 ZPO). Diese Einsprache löst, wie wir wissen, ein summarisches Verfahren aus. Auf den zweiten Teil des Verbotsverfahrens muß deshalb hier nicht noch einmal eingetreten werden.

Es unterliegt wohl keinem Zweifel, daß auch der erste Teil des Verbotsverfahrens summarischer Natur ist, enthält er doch die für ein summarisches Verfahren typische Prima-facie Kognition [30]).

§ 11 Schlußbemerkungen

Das summarische Verfahren der aargauischen ZPO findet, wie wir gesehen haben, zur Hauptsache nur auf rein betreibungsrechtliche Streitigkeiten Anwendung. Es handelt sich hier also nicht um Zivilrechtsstreitigkeiten, der Zivilprozeß ist vielmehr für einen neuen Zweck übernommen worden. Trotzdem aber darf von einem summarischen Prozeß gesprochen werden, da es sich um einen für das Zivilprozeßverfahren typischen Prozeß handelt [1]).

Es ist hingegen zu bedauern, daß die aargauische ZPO ein allgemeines summarisches Verfahren nicht kennt, das für alle jene Fälle Verwendung finden würde, die in ein solches Verfahren gehören. Bei der Revision der aargauischen Zivilprozeßordnung sollte hier meines Erachtens Abhilfe geschaffen werden. Die vielen besonderen Verfahren sollten fallen gelassen werden [2]), und es sollte dem ordentlichen Verfahren ein allgemeines summarisches Verfahren gegenüber gestellt werden. Als gutes Beispiel für eine solche Lösung möchte ich den bernischen Zivilprozeß erwähnen [3]).

Bei der Neuschaffung eines allgemeinen summarischen Verfahrens wäre auf die folgenden Punkte zu achten [4]):

1. Einleitung des summarischen Verfahrens ohne vorherigen Sühneversuch durch ein mündliches oder schriftliches Gesuch unter gleichzeitiger Begründung [5]).
2. Der Gerichtspräsident als Einzelrichter ist in allen Fällen sachlich zuständig.

[30]) Vgl. dazu Sieben S. 46.

[1]) Vgl. dazu Sieben S. 58.

[2]) Auch auf ein besonderes beschleunigtes Verfahren könnte verzichtet werden. Wo ein solches aber durch andere Gesetze vorgeschrieben wird, könnte der Richter durch Ansetzung kürzerer Fristen das ordentliche Verfahren beschleunigen. Vgl. in diesem Sinne die Art. 115 und 294 bern. ZPO; zürch. ZPO § 108. Vgl. dazu auch oben S. 34/35.

[3]) Vgl. die bern. ZPO II. Abschnitt «Summarisches Verfahren» Art. 305 ff.

[4]) Vgl. dazu vor allem die ausgezeichnete Studie von Sieben S. 62/63.

[5]) Vgl. Art. 307 bern. ZPO.

3. Der Beklagte soll zur Vernehmlassung zugelassen werden, sofern das klägerische Begehren nicht von vorneherein als offensichtlich unbegründet erscheint. Die Unterlassung der Vernehmung ist nur ausnahmsweise, in Fällen besonders großer Dringlichkeit (Gefahr), zulässig (superprovisorische Verfügung) [6].
4. Es sollen sämtliche Beweismittel zugelassen werden, sofern sie nur sofort vorgebracht werden können.
5. Der Entscheid soll sofort nach der Verhandlung gefällt werden, und er soll sofort formell rechtskräftig werden.
6. Wiedereinsetzung soll bei genügender Entschuldigung gewährt werden.
7. Gegen den Entscheid soll die Beschwerde gemäß § 337 lit. b ZPO zulässig sein.
8. Eventuell sollte auch ein Rechtsmittel gewährt werden, das eine Aufhebung und Neubeurteilung ermöglicht, wenn der Entscheid klares Recht verletzt, «indem er mit einer bestimmten Gesetzesvorschrift des Zivil- oder Prozeßrechtes in Widerspruch steht oder sich auf eine unrichtige Akten- oder Beweiswürdigung gründet» (Art. 360 Ziff. 2 bern. ZPO).
9. Dem Entscheid im summarischen Verfahren soll materielle Rechtskraft nur in bezug auf ein zweites summarisches Verfahren zukommen.
10. Von Vorteil wäre eventuell auch die Einführung eines summarischen Verfahrens, mit dessen Hilfe einfache Streitigkeiten entschieden werden könnten [7]. Unter Umständen könnte einem solchen Entscheid materielle Rechtskraft auch gegenüber einem ordentlichen Verfahren zuerkannt werden, dann nämlich, «wenn das grundsätzlich gesamte strittige Rechtsverhältnis zur Beurteilung steht und das Verfahren dank seiner Organisation hinreichende Gewähr für eine erschöpfende richtige Beurteilung bietet» [8]. Das wäre dann allerdings nicht mehr summarischer Prozeß im klassischen Sinn, da diesem Verfahren die typische Beschränkung des Prozeßstoffes auf die summa capita fehlt. Das Ergebnis ist jedoch durch die heutige Gesetzgebung mit ihrem bedeutend erweiterten Anwendungsgebiet des summarischen Verfahrens bedingt [9].

---

[6] Vgl. Art. 308 bern. ZPO und Leuch N. 2 zu Art. 308.
[7] Vgl. das zürcherische Verfahren zur Herstellung klaren Rechts bei unbestrittenen oder sofort herstellbaren tatsächlichen Verhältnissen.
[8] Sieben S. 8.
[9] Matti in SJZ Nr. 14 vom 15. Juli 1951 S. 232.